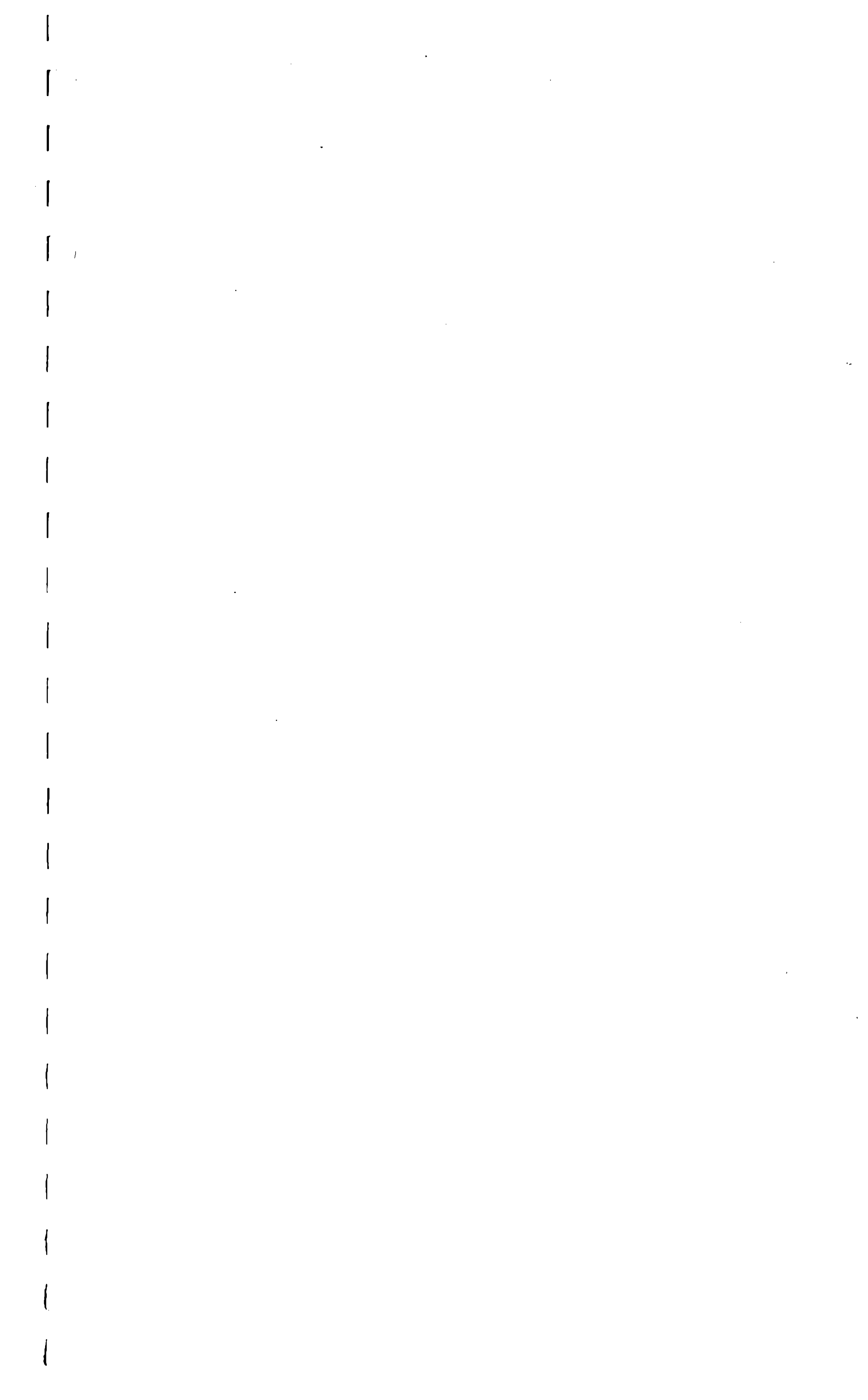
Prudentia iuris

ÁLVARO D'ORS

BIEN COMÚN Y ENEMIGO PÚBLICO



BIEN COMÚN
Y
ENEMIGO PÚBLICO



Prudentia iuris

ÁLVARO D'ORS

BIEN COMÚN
Y
ENEMIGO PÚBLICO

Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A.
Madrid 2002 Barcelona

Esta colección se edita con la colaboración de la Fundación Francisco Elías de Tejada.

San Sotero, 6 - 28037 MADRID
☎ 91 304 33 03

ISBN: 84-7248-945-0
Depósito legal: M. 18.017-2002

Fotocomposición: INFORTEX, S. L.

Impresión: CLOSAS-ORCOYEN, S. L.
Polígono Igarsa. Paracuellos de Jarama (Madrid)
MADRID, 2002

Colección
Prudentia iuris

Director
Miguel Ayuso

La definición clásica de la jurisprudencia —en su sentido riguroso de prudencia del derecho— como la ciencia de lo justo y de lo injusto por medio del conocimiento de todas las cosas humanas y divinas, de un lado, abre la ciencia jurídica a la experiencia en su integridad, mientras que, de otro, centra su especificidad en la determinación de lo justo y el discernimiento de lo injusto. Así, lo justo jurídico, determinado prudencialmente, adquiere un estatuto propio entre la virtud de la justicia y las exigencias de la politicidad natural del hombre, concretada en el bien común.

Colección *Prudentia iuris*

1. Francesco GENTILE, *El ordenamiento jurídico, entre la virtualidad y la realidad.*
2. Miguel AYUSO, *De la ley a la ley. Cinco lecciones sobre legalidad y legitimidad.*
3. Álvaro D'ORS, *Bien común y enemigo público.*

ÍNDICE

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

1. PLANTEAMIENTO JURÍDICO DEL TEMA

La conjunción, ya en el título de este ensayo, del bien común y el enemigo público da a entender que nuestro planteamiento no es filosófico, sino jurídico: es precisamente el segundo término, extraño para los filósofos, lo que atrae el primero al terreno de los juristas. Para una filosofía social del bien común, me remito al excelente resumen de Antonio MILLÁN-PUELLES en la *Enciclopedia GER,* que sigue la tradición escolástica y también la ordinaria en la doctrina oficial de la Iglesia y de sus exégetas. Es evidente que el bien común supremo no puede ser otro que el mismo Dios, y daría lugar a un discurso teológico, que no es el aquí previsto. Pero esa doctrina del bien común, en los mismos filósofos, se refiere siempre al propio de una comunidad limitada, el Estado, aunque no deje de entreverse una posible proyección más universal. Se comprende que, al prescindir ahora de una idea filosófica del bien común, y de la referencia al Estado, la biblio-

grafía ordinaria sobre el tema queda aquí preterida, y con más razón si tenemos en cuenta la complementariedad del tema con el del enemigo público.

Por otro lado, cuando se invoca la primacía del bien común, no sólo se piensa en términos de "Estado", sino que se contrapone al "bien particular" de un ciudadano o grupo de ellos; y tal primacía se declara compatible con la "dignidad humana" individual de las personas. Aquí no vamos a hablar de "dignidad", menos de la general de todo hombre, pues, si no se acepta el sentido teológico de ese término, en relación con la potencial o actual filiación divina —véase, p. ej., la encíclica *Dives in misericordia* 5—, no sabría acomodarme a la ambigüedad con que aquel término se maneja corrientemente.

Para mostrar cómo me resulta difícil entrometer en mi discurso el concepto de "dignidad", bastará recordar que, según yo la defino (*Verbo,* 1996, p. 513), es «el merecimiento subjetivo de un favor personal, singular o colectivo», es decir, algo siempre relativo en consideración de la persona ante quien se merece y por el concreto favor que se merece, siempre subjetivamente; en tanto los filósofos suelen considerar la "dignidad humana" como una cualidad esencial y genérica del hombre, independientemente de sus merecimientos concretos. Así, por ejemplo, para el democristiano Sergio COTTA: «la dignidad corresponde al hombre por sí mismo, independientemente del valor o disvalor de sus actos, por aquella diferencia ontológica respecto a los animales y a las cosas que determina *l'excellence humaine*» (en *Justitia*, 1991, p. 10, cfr. *Enciclopedia del diritto,* 33, pp. 159 ss.). Una definición, ésta, en

la que se ve también la implicación del concepto de "dignidad" en la filosofía de los "valores", a la vez que, como *obiter dictum,* la consideración de los animales como seres distintos de los vegetales y de las otras "cosas". Una definición de este tipo metida en mi discurso no haría más que oscurecerlo. Pero también viene a decir lo mismo la definición que de "dignidad humana" nos da el Tribunal Constitucional de España, en su Sentencia de 11 de abril de 1985: «Es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás». En esta definición, aparte la redundancia de "espiritual y moral" y de "autodeterminación consciente y responsable", como si pudiera no serlo, y aparte de no aclarar qué tipo de respeto merece el hombre que no merezcan otras criaturas, se vuelve a complicar la dignidad con la teoría de los valores; con lo que se recae en la esencial relatividad material que se pretende eludir. Tampoco deja muy claro esta definición si los incapaces, irresponsables de sus actos, carecen de dignidad, pues el adverbio "singularmente" quizá parece no excluirlo.

Así, pues, no hablaremos de "dignidad humana" por ser ésta un concepto excesivamente ambiguo para entrar en un discurso propiamente jurídico.

Como explico luego, tampoco creo que el bien común se deba contraponer a un supuesto "bien" particular.

En derecho, el adjetivo "común" tiene tres acepciones. En primer lugar, es común lo que pertenece

conjuntamente a dos o más personas —por ejemplo, los socios contractuales—, y no una única persona; en este sentido, la acción judicial para dividir esa copropiedad se llamaba *de communi dividundo*. En segundo lugar, es común lo que pertenece a una comunidad pública, por ejemplo, un municipio; en este sentido se identifica con lo "público" de aquella comunidad, por ejemplo, la *pecunia communis* o patrimonio público de aquella ciudad. En tercer lugar, se habla de cosas comunes, que son de todo el mundo y, por ello, de nadie en particular, como son a su modo particulares las cosas "públicas", cosas propias de una comunidad.

La filosofía del bien común se ha referido a la segunda acepción y concretamente como propia del Estado, tipo principal, actualmente, de comunidad pública; de este modo, se viene a identificar el bien "común" con el "público". Por nuestra parte, consideramos la referencia al Estado, no sólo como insuficiente, sino también como algo anacrónica en un momento histórico en el que el Estado, que apareció en el siglo XVI, lleva trazas de desaparecer como tal "Estado". Así, tampoco centraremos nuestro discurso en el "Estado".

Si el "interés" de un grupo humano es siempre particular y no puede llamarse "bien común", por la misma razón, el "interés" particular de un individuo no puede llamarse "bien" si no se integra en el bien común universal.

El "interés" particular, en efecto, puede entrar en conflicto con el "bien común". Así ocurre, de manera general, en el conflicto que surge entre el

interés que tiene un delincuente en eludir las consecuencias de su responsabilidad y el bien común universal que exige que se haga justicia, independientemente del interés también particular de las posibles víctimas de un delito.

Un conflicto similar se da, pero de una manera especialmente tensa, entre el interés que puede tener una mujer en eludir la responsabilidad de una futura maternidad, y el bien común universal, que exige la protección de la humanidad del feto. En este caso, se trata de un bien común despersonalizado, de respeto a la humanidad de las criaturas concebidas aún no nacidas, y el interés, no de la "persona" concreta, pues la mujer que quiere abortar niega con ello su personalidad de madre, que es la que tendría con su hijo, si éste llegara a nacer, sino un interés particular de su cuerpo individual o, en todo caso, de otras personalidades de la mujer ajenas a la maternidad, como puede ser la de soltera, mujer adúltera, asalariada, artista del espectáculo, etc. Ante esta despersonalización del bien común y del interés individual, algunos reaccionan en favor del interés individual, por la consideración de que, a diferencia de lo que sucede en el caso del delincuente, la responsabilidad que el individuo pretende eludir no es la de un delito ya cometido, sino la de uno sólo proyectado; esta inactualidad de lo sólo proyectado es la que favorece la consideración del interés de la mujer como preferente y lleva al grave error de declarar no-punible el feticidio. Porque la prueba de que el feticidio es un delito está en que no se deja de penar el cometido contra la voluntad de la madre.

2. "COMÚN" Y "PÚBLICO"

Nuestro planteamiento jurídico, al contraponer los términos "bien común" y "enemigo público", parte de la diferencia entre cosas comunes y cosas públicas: entre lo común y lo público como distintos. En la constancia de esta distinción está la clave de todo lo que se va a decir a continuación.

Conviene tener en cuenta ante todo, que lo "público" se contrapone en primer lugar a lo "privado". En su origen romano, esta contraposición era especialmente necesaria para distinguir el suelo que pertenecía a individuos particulares de aquel otro que se reservaba el *populus,* es decir, la república, como fincas (*agri publici,* bosques, etc.), vías y ríos públicos. A pesar de que esta distinción era radicalmente rural, luego iba a tener un interés especial en los ambientes urbanos, en los que la propiedad privada quedaba relativizada por distintos factores. En parte, por el hecho de que, no existiendo en Roma la propiedad horizontal, las viviendas en los bloques de ellas *(insulae)* tenían un régimen de arrendamiento —lo que, después de todo, sigue siendo el más racional, también hoy para la habitación urbana, a pesar de la legalización de la propiedad por pisos hoy tan generalizada—; luego, por la aproximación entre edificios con las consiguientes servidumbres urbanas; en fin, incluso porque la entrada de la casa privada tiene un aspecto público que da lugar a ciertas limitaciones públicas de carácter religioso, policial, e incluso, en algún caso, fiscal. A pesar de esta relativización de la propiedad pri-

vada en los ambientes urbanos, la contraposición privado-público adquiere un nuevo sentido en ellos, en razón precisamente de las limitaciones de lo privado que se imponen por asegurar el orden urbano de higiene y de decencia de los espacios públicos. De este modo el concepto de "orden público", al que se hará luego referencia, adquiere una especial relevancia como límite de lo privado.

La puerta de la *domus,* que se cierra y se abre, es un elemento principal, tanto de la intimidad familiar como de comunicación con la vía pública. Por lo primero, es, como *porta* cerrada, un símbolo de la inviolable potestad dominical *(perfugium sanctum);* por lo segundo, como *fores,* luego *ianua* de paso, es la que relaciona lo privado con lo público de la ciudad, y por ahí penetra el orden de ésta en la intimidad del hogar. En este sentido, la puerta es aquello de lo que depende la distinción entre "dentro", lo interior, y "fuera", lo exterior, cuyo alcance para el pensamiento humano no es necesario ponderar.

A esta misma idea, después de todo, corresponde el nuevo sentido de la distinción entre derecho "público" y "privado". Si, en su origen, se trataba de la publicación o no de los preceptos jurídicos o similares, acaba por referirse con mayor amplitud a la diferencia entre lo que se deja al uso de los particulares *(ad utilitatem privatorum)* y lo que interesa al orden de la comunidad *(ad statum rei publicae).*

Pero no es esta contraposición la que aquí debemos considerar, sino la que se hace entre lo "público" de la comunidad y lo "común" de todos los hombres.

En efecto, la jurisprudencia romana distingue entre lo que es común porque no es susceptible de apropiación, ni privada ni pública, y lo público, que pertenece a la comunidad: a la *res publica,* que hoy se identifica anacrónicamente como "Estado". Así, el derecho romano (*Instituciones de Justiniano* 2, 1 pr.) distinguía aquellas «cosas que, por derecho natural, son comunes de todos» de las "públicas" (propias de la *res publica*), de las de una corporación (de una *universitas*), de las privadas (de los *singuli*) y de las *nullius,* que son las que, no teniendo actualmente dueño, pueden tenerlo, por ejemplo, los animales cazables; estas *res nullius* son distintas de las que no tienen temporalmente dueño, pero no pueden ser tomadas por cualquiera *(res sine domino);* por ejemplo, las cosas de una herencia antes de haber heredero; aunque el derecho más antiguo consideraba que la ocupación de estas cosas —de la llamada "herencia yacente"— convertía al ocupante en heredero, se superó luego esta idea por la de que, para obtener este resultado, hacía falta la posesión continuada de la usucapión o prescripción adquisitiva; también era *sine domino* el esclavo manumitido por su dueño en tanto subsistía sobre aquel esclavo un derecho de usufructo: dejaba de tener dueño, pero sólo se hacía libre al extinguirse aquel usufructo.

No sólo el aire que respiramos, sino también el agua, como elemento natural universal, son cosas "comunes". Si puede haber una apropiación del agua, es por su clausura en un objeto continente, sea éste individualizable, sea perteneciente a un género. Y no el mismo agua, sino su cauce o su

embalse, artificial o natural, cosas del suelo, pueden ser objeto de apropiación, generalmente en dominio público, pero también a veces en propiedad privada; en este sentido, puede haber "mares internos" incorporados al dominio soberano del territorio en que se hallan. Pero no cabe hablar de apropiación, tampoco pública, de los "mares abiertos". Cuando hoy se habla de aguas "territoriales", es por pura ficción dependiente del posible control efectivo desde un territorio vecino, o incluso desde una flota, no por la naturaleza del agua, que postula esencialmente un *mare liberum.*

Todavía es más evidente esta inapropiabilidad de lo que es común respecto al aire, que también se finge territorial por el posible control desde el suelo o desde las aeronaves. Sobre la artificiosidad de estas ficciones del actual derecho internacional he tratado en *La posesión del espacio* (1998), y a ese librito me remito.

Lo que el derecho, al contraponer lo común a lo público, nos impone como de sentido también "común" es que lo común es universal, en tanto lo público se refiere a un determinado "pueblo", o "Estado". En realidad, lo que llamamos "bien particular" es "bien común", si no perjudica a nadie, o es "interés", cuando se interfiere con el interés de otra persona o grupo. Así, el bien de una comunidad limitada, por ejemplo, el actual Estado, para ser "bien", ha de ser integrable en el bien universal, y, si no lo es, es "interés" y no "bien"; si se quiere, bien "público", pero no "común".

La confusión de lo común con lo público en sentido de "estatal" ha provocado también una ficción

semejante a la de la zona de mar o de aire territoriales, que es la de considerar "públicas", es decir, pertenecientes al Estado, todas las aguas que discurren por un determinado territorio, no sólo la de los cauces o embalses estatales; aunque las leyes hayan aceptado esta calificación, no deja de ser una ficción jurídica de alcance muy relativo y problemático, pues se trata más de los manantiales que del agua misma: nadie puede pensar que el agua que consumimos en nuestros hogares, y por cuya "traída" y consumo pagamos a una empresa, pública o privada, sea agua "del Estado".

Lo que puede impedir el acceso universal a las cosas comunes es siempre un límite accidental que se impone contra la natural accesibilidad a las cosas comunes. Así, el propietario de una finca puede "prohibir" —incluso en el sentido latino de "impedir" materialmente y no simplemente "vedar"— el acceso a un manantial o cauce de su finca; o un Estado puede prohibir (si puede impedirlo materialmente), que se vuele sobre su territorio sin su permiso. Son limitaciones accidentales, como puede haberlas también para cualquier tipo de propiedad, aunque ésta tienda esencialmente a su plenitud; por ejemplo, cuando se imponen convencional o legalmente servicios que gravan una finca privada. Por lo demás, tales ficciones de extraterritorialidad resultan inútiles cuando el que las pretende no dispone de los medios de fuerza efectivos para sancionar la contravención.

La confusión de considerar estatal lo que es común no impide que el término "público" no signifique siempre "estatal", o propio de la comunidad,

sino "accesible al público", en un sentido social; pero no sólo accesible a los que integran una determinada comunidad, como pueden ser los vecinos de un municipio, sino a todos los hombres que pueden materialmente acceder al servicio, tanto si es estatal como privado o de alguna persona jurídica pública o privada. Así, los "servicios públicos" se entienden como estatales, pero no lo son si se privatizan, y, por lo demás, muchas empresas privadas vienen ofreciendo servicios al público fuera de cualquier oficialidad pública. Nadie dudará de que una cafetería es pública porque cualquier persona —salvo mínimas restricciones como la de no ir ebrio o llevar perros— puede entrar en ella; y, aunque alguno habrá que se niegue a reconocerlo, las universidades no-estatales son también ellas "públicas" por cuanto están abiertas a toda clase de alumnos, salvo siempre la exigencia de un mínimo de titulación exigible.

3. BIEN COMÚN EN LA IGLESIA

Una identificación del bien de un grupo con el bien universal se da excepcionalmente en la Iglesia, precisamente por su carácter universal —como Iglesia "católica"—, cuyo bien no puede hallarse en contradicción con el bien universal aunque sí con intereses de algunos grupos particulares. Es correcto, pues, que el Código de derecho canónico diga que el "bien común" es el de la Iglesia (cc. 223, 264 y 323).

Es interesante observar que, por influjo del concepto de "bien común" estatal, el nuevo canon 795

(sin precedente en el código anterior) habla del "bien común de las sociedades" en relación con el tópico de la "formación integral de la persona humana" de los jóvenes; y el canon 287 § 2, a propósito de la prohibición de que los clérigos ocupen cargos públicos, ha añadido al requisito de la posible dispensa por parte del ordinario (antiguo canon 139 § 4), ahora "de la autoridad eclesiástica competente", la conveniencia de defender los derechos de la Iglesia *(Ecclesiae iura)* y la promoción del bien común: *ad bonum commune promovendum.* En estos dos lugares parece distinguirse el bien común de la Iglesia de otro que sólo puede entenderse, pues se distingue, como el llamado corrientemente "bien común" del Estado. Con esto se debilita ambiguamente la tradicional identificación del *bonum Ecclesiae* —en el fondo, el *bonum animarum*— con el verdadero "bien común" universal, pues se admite un "bien común" del Estado, que es distinto del universal de la Iglesia.

4. PARTICULARIDAD DE LO "PÚBLICO"

Lo "público" se distingue, pues, de lo "común" en que no es absolutamente universal, sino que tiene siempre especiales limitaciones; no sólo por esas restricciones de la accesibilidad a que me he referido, sino por razones cuantitativas, como puede ser la cabida espacial de los servicios; por ejemplo, las plazas de un transporte público, o las limitaciones de tiempo, como el cierre empresarial por vacaciones o fiestas. Quiero decir: ese "pueblo" de lo "público" es siempre un grupo limitado, no absoluta-

mente universal como corresponde a lo que es "co mún". El concepto de "pueblo", aunque pueda se muy amplio, es siempre relativo. También es nece sariamente parcial: la humanidad entera no cons tituye un "pueblo" —todo "pueblo" presupone otr(distinto—, y por eso no cabe hablar de algo uni versalmente "público". Incluso si referimos lo públi co a una comunidad de nivel nacional, el interé propiamente nacional y el propio de una comunida(integrada en la nación pueden hallarse en contra dicción; por ejemplo, el interés de un municipio d(no tener un crematorio de basuras en su circuns cripción estará ordinariamente en contradicción co el de la nación, incluso la región, que necesita tener lo en algún lugar. No puede hablarse, pues, de "bie común", sino de "interés público", siempre relativo

En consecuencia, al tratar del bien común y de enemigo público, hay que tener presente la conse cuente diferencia entre la universalidad del bie común y la parcialidad del enemigo público; par cialidad, no ya por la enemistad, sino por referirs(ésta a un grupo parcial y no universal. Y con ello como concluiremos, la improcedencia, a la vez, d(un bien parcial y de un enemigo universal.

Sin embargo, se habla de un bien personal qu(sería el bien particular y de un enemigo universa que sería el de toda la humanidad. Dos errores como veremos, muy frecuentes en el discurso mo derno.

Lo que es particular es el interés, que necesa riamente supone posible contradicción entre e público y el privado, aunque se entienda por interés

no el subjetivo y caprichoso de un individuo, sino el realmente objetivo, aunque privado: el *inter-esse,* que consiste, literalmente, en la diferencia que hay entre una cosa y su contraria, entre tener o no tener algo. Por ejemplo, es evidente que el contribuyente tiene interés en verse libre de impuestos, en tanto la comunidad tiene interés en aumentarlos. Y, si se piensa que la imposición, al ser públicamente necesaria, sirve también para la conveniencia de sus miembros, entonces venimos a trasladar la cuestión del interés a un planteamiento de interés general de la comunidad, en el que no puede haber contradicción con el particular: contradicción de "interés", pero no de "bien".

Asimismo, se habla indebidamente de enemigos totales de la humanidad. Pero basta la experiencia habida de los juicios por el delito de "lesa humanidad" para comprender que se trata, en esos casos, de presentar como universal una enemistad que es realmente particular.

Es cierto que algunos delitos, por ejemplo, el homicidio voluntario, es un acto que ofende a la humanidad universal y no sólo a la víctima individual, pero su represión no se hace por ese concepto universal, sino por el más particular de ser una ofensa muy grave al orden público de un determinado grupo humano; por eso mismo, pueden darse casos en los que un crimen puede ser condenado por una instancia judicial propia del reo y no por la de un pueblo distinto; por ejemplo, un delito de blasfemia condenable con la pena de muerte en Irán, pero no en otras instancias exteriores; o, al revés, un pretendido "genocidio", que no lo consideran tal los

jueces propios del territorio del reo. Así, pues, no hay delincuentes "universales", sino sólo particulares de un grupo social. "Universal" es el "pecado", por cuanto es ofensa a Dios, pero no el "delito", que presupone siempre un orden social concreto.

Por simple criminalización universal se puede haber condenado a un enemigo vencido como enemigo de la humanidad, asociando como jueces a los de pueblos aliados o, en todo caso, dóciles al vencedor. Esta perversión es uno de los aspectos de la criminalización de la guerra, un retroceso histórico, pese a las apariencias de superación humanitaria; porque el progreso jurídico se ha manifestado, a lo largo de la historia, en el sentido de descriminalizar a los deudores, y ahora, por el contrario, se trata de criminalizar al adversario bélico. Otro aspecto de esta criminalización, no ya del vencido, sino del actual enemigo bélico, es el de descalificar como terrorismo lo que es propiamente guerra, como lo es también la guerra irregular o sucia de guerrilleros o partisanos; con olvido de que los posibles crímenes según el derecho de guerra deberían ser juzgados por tribunales militares, que son los únicos que pueden conocer con certeza los límites de la violencia bélica lícita; por ejemplo, la ilicitud de la matanza o violencia sobre prisioneros, del saqueo que excede del botín ordinario, de la destrucción de lugares santos, etc.

El enemigo siempre lo es de un grupo determinado, y esto resulta congruente con el principio de que la esencia de lo "político" consiste en la discriminación del enemigo, principio fundamental en el pensamiento de Carl SCHMITT. Porque lo "polí-

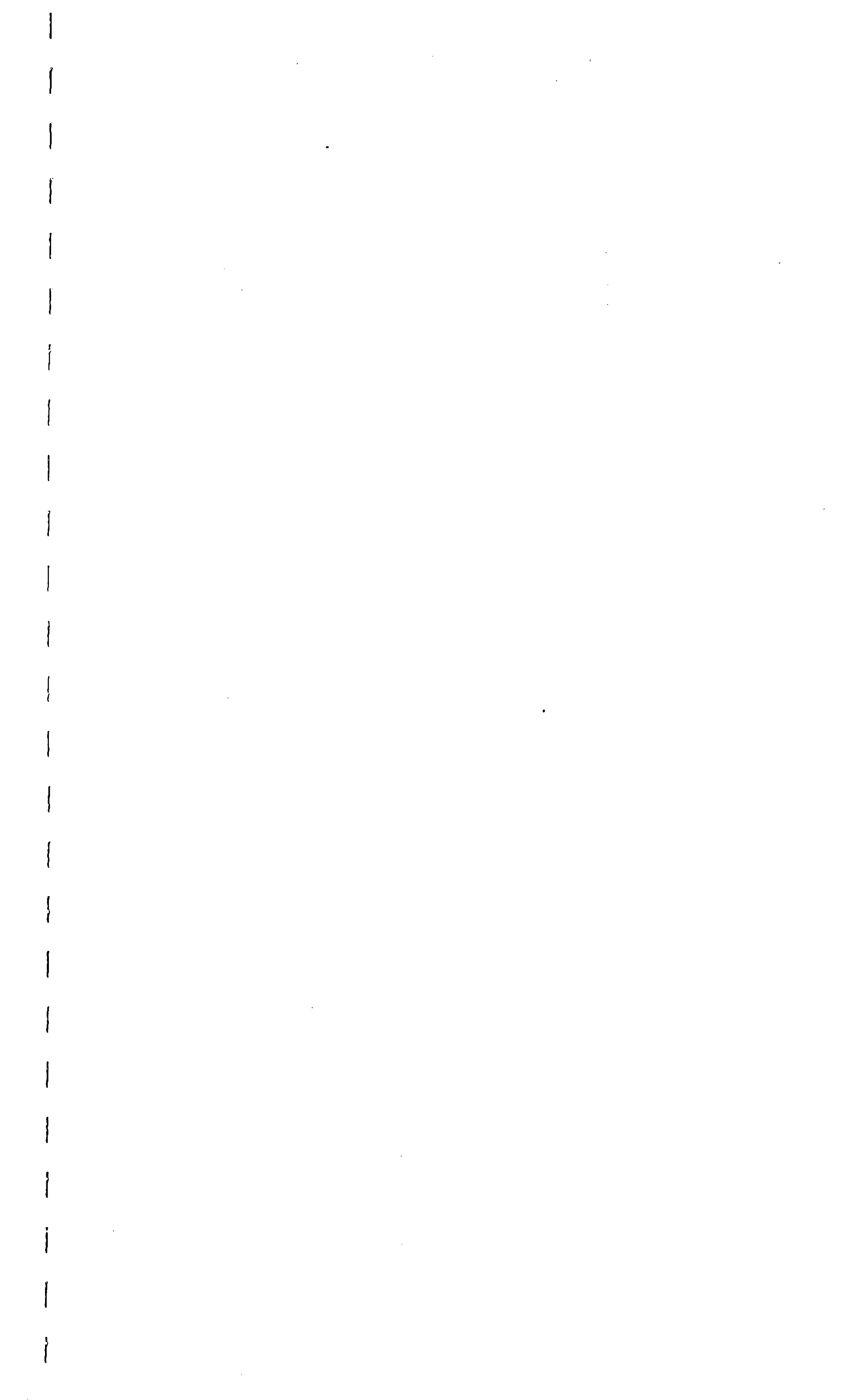
tico", en ese pensamiento, se refiere al "Estado", pero puede extenderse también aquel principio a la discriminación del enemigo de cualquier grupo social. La reducción al enemigo estatal se debe, por un lado, a que no se piensa todavía en la hostilidad entre "grandes espacios" —aunque se debe al mismo Carl SCHMITT la introducción de ese concepto en el derecho público internacional—, y, por otro lado, a que las enemistades entre grupos infraestatales se pueden resolver mediante juicios, como sucede entre adversarios privados. De ahí que sólo se piense en enemigos del Estado; pero, como se verá, aun con esta reducción, el concepto excede del ámbito de la beligerancia interestatal.

Con lo ya dicho, hemos centrado algo el concepto de "común" como universal, frente al de "público" como particular; no ya de "bien", sino de "interés". Ahora conviene analizar algo más detenidamente, en los apartados siguientes, qué debe entenderse por "bien común", y, sobre todo, el de la hostilidad "pública"; en efecto, al no poder ser ésta universal, sino particular y relativa, requiere una consideración algo más pormenorizada, en atención a los distintos niveles en que el concepto de "enemigo público" puede darse.

Pero conviene añadir todavía una aclaración que es necesaria para entender lo que sobre ambos conceptos se va a decir, y que es esto: el "bien común", como todo bien, es algo objetivo, pero en nuestra relación esencialmente moral, no es una cosa material, como son los "bienes" que componen un patrimonio personal o el de la humanidad, sino una conducta humana objetivada por su realidad y resultado;

el "enemigo público", en cambio, es, como la misma palabra indica, una persona, sujeto pasivo de una estimación también subjetiva, aunque ésta sea siempre colectiva de un grupo, pues es "pública".

Hemos de tratar primeramente del bien común universal, y luego de la de enemistad pública particular. Esta segunda parte tiene que ser necesariamente más extensa, y por eso vamos a hacer de ella dos secciones, una, sobre la enemistad bélica o similar, y otra sobre la enemistad respecto a los delincuentes, que sólo muy parcialmente se presenta como enemistad propiamente "pública", aunque siempre dé lugar a una reacción penal "pública".



CAPÍTULO II

BIEN COMÚN

5. EL BIEN Y EL MAL

De la universalidad del bien común se desprende su objetividad, y, con ello, dos consideraciones fundamentales: una, que el bien no depende de un "punto de vista", necesariamente subjetivo como todo perspectivismo, sino de un axiológico principio de carácter apodíctico; otra, que, en relación con lo anterior, el bien no puede quedar circunscrito a un área personal o territorial determinada. Por otro lado, que, precisamente por ser objetivo, el "bien" se opone al "mal", en tanto el interés particular, del que depende la hostilidad pública, no se compadece con tan radical contraste axiológico, pues es siempre particular y relativo.

¿Cómo podemos conocer el bien y el mal?

Aunque nuestro planteamiento sea jurídico y no teológico, como tampoco es histórico o sociológico, no podemos prescindir de ciertos presupuestos antropológicos, de los que también el derecho depende. Pero la cuestión antropológica de la que el

concepto de bien jurídico depende sólo puede aclararse por la revelación del origen del hombre; así, hay que acudir al *Génesis,* no ya como dato teológico, sino puramente antropológico, aunque sea un dato revelado y no alcanzado por la razón científica. Porque, en realidad, no puede haber ciencia sobre el origen del hombre, ya que la ciencia opera siempre con magnitudes de tiempo mensurables, y no puede determinarse científicamente cuándo aparece el tiempo, pues su medida presupone la alternancia regular de día y noche. Por eso, respecto al origen del hombre, no cabe ciencia, y debemos partir de un dato de fe.

Porque, por muy simbólica que queramos entender la narración del *Génesis* —por mi parte, me inclinaría a pensar en una creación simultánea, sólo explicada por días con un fin "pedagógico", de adaptación a la mentalidad humana—, siempre resulta más cierta y elocuente que todas las hipótesis que puedan inventar los hombres de ciencia sin poder contar con magnitudes temporales. Y con la gran ventaja de que aquella narración prescinde, como revelada que es, de buscar una demostración positiva, en tanto aquellas hipótesis adolecen de la frustración de no alcanzar la demostración que requerirían. Así, pues, nos quedamos con los datos antropológicos del *Génesis,* para ver qué se entiende por "bien común", ya que éste debe ser universal, de toda la monogénica descendencia humana, y no de una porción de ella.

La respuesta a esta acuciante pregunta está en el *Génesis,* cuando el Creador de todas las cosas dice a los primeros hombres, Adán y Eva: comed

de todo menos del árbol del bien y el mal (*Gén.* 2, 17). Y luego, cuando el Diablo les tienta a desobedecer diciéndoles: si coméis de ese árbol seréis como Dios.

Siendo nuestros primeros padres esencialmente responsables, lo que presupone su libertad de opción —de opción por el bien o por el mal—, queda implicado todo el género humano en su responsabilidad por desobedecer el mandato divino; en castigo por su desobediencia, perdió su plena inmortalidad, junto con otros dones preternaturales que Dios le había concedido. Y la muerte corporal vino a ser la pena por su desobediencia (*Rom.* 6, 23 y *Sant.* 1, 15); lo que no deja de tener interés a efectos del tema de la pena de muerte, de la que se hablará a propósito de enemistad pública.

Nos muestra el *Génesis* cómo la discriminación del bien y del mal no está al alcance del hombre, y, si pretende éste ser juez de ella, causa con esto su propia ruina. En otras palabras, sólo Dios, Creador de la naturaleza, discrimina entre el bien y el mal; los hombres sólo podemos acceder a lo que Dios ha decidido sobre el bien y el mal.

La discriminación del bien y el mal no depende directamente de la libre voluntad divina, sino indirectamente como consecuencia de la ilimitada libertad de su Creación. Es en la Creación donde vemos la imprevisible y libérrima providencia del Creador; pero, una vez creada la naturaleza toda, y el hombre en concreto, la discriminación del bien y el mal es racionalmente necesaria. De ahí que la razón natural del hombre, aunque no está iluminada por la

fe de la verdad revelada, pueda discernir el bien del mal. Pero su naturaleza quedó "vulnerada" a causa del pecado de soberbia, al pretender ser como Dios, y de ahí que su razón haya quedado relativamente obnubilada y necesite la luz de la Revelación; no totalmente, porque, en efecto, el pagano, sin conocer la Revelación, puede obrar bien por esa primaria intuición del bien natural. Así, la regla de recta conducta humana deriva de la naturaleza libremente creada por Dios, y sólo aclarada por su Revelación.

La Revelación nos formula esa regla natural y racional, primeramente, en la "ley de Dios" que son los "Diez Mandamientos"; luego, en todo el conjunto de la revelación evangélica, en la doctrina apostólica y, para asegurar la perpetuidad, en la tradición y autoridad de la Iglesia.

Así, pues, si el bien común, que ha de ser necesariamente universal, depende de la discriminación divina, toda consideración particular y contingente del bien común ha de depender de esa fuente de Verdad. La misma variedad de soluciones concretas adaptadas a las circunstancias de tiempo y lugar derivan de esa Verdad, pues la libertad del hombre depende de ella, y se pervierte como soberbia cuando se aparta de ella.

De todos los árboles podía comer aquella primera pareja humana menos de uno, uno sólo, que era el de la "ciencia del bien y del mal". Esta ciencia no les era necesaria, porque, para ellos, todo era "bien", según la buena disposición de la Creación. Sólo por una opción de libertad podían salirse de

esta providencia, y optar por el mal. Sabían que la infracción de la orden divina era mala, pero su libertad les permitía optar por el mal, aun sabiendo que era "mal", y que sería castigada su desobediencia. El mal mismo del árbol prohibido era el de renunciar al orden providencial del bien por querer decidir acerca del bien y del mal por propio juicio. Esta fatal opción por el propio juicio contra la orden divina ha seguido pesando sobre la descendencia. La razón humana, don de Dios, debería haber servido para entender el orden divino de la Creación y, en concreto, el de la propia conducta, pero el hombre optó por servirse de él para establecer por sí mismo un orden posiblemente distinto. Esta rebelión del hombre es del todo semejante a la de algunos ángeles, que también ellos optaron por no servir a Dios.

6. VARIEDAD DE OPCIONES

Este hombre, en Adán, era uno solo, aunque doblado por Eva; pero sus sucesores fueron muchos. Si todavía la opción subjetiva por el mal fue única en Eva y Adán, aunque no simultánea, era inevitable que, con el tiempo, los criterios subjetivos sobre el bien y el mal variaran y se hicieran contradictorios. El tema, propiamente el problema, del "bien común" está precisamente en esta multiplicidad y contradicción de opciones. Porque, si puede considerarse "bien" lo que cada uno acepta como tal, no cabe pensar en la coincidencia de opciones en un único bien que sea realmente "común"; ni siquiera dentro de un grupo humano reducido. Sin embargo, seguimos hablando inconvenientemente

de "bien común", como si fuera posible, a pesar de la real contradicción de opciones subjetivas.

Cabe pensar entonces que, ante esta dificultad, se recurra a la determinación del bien que es "común" por la coincidencia mayoritaria de opciones, aun con el riesgo de que esta coincidencia mayoritaria sufra cambios con el tiempo, y con el desprecio, por otro lado, de las opciones minoritarias, tan humanas y posiblemente tan racionales como las mayoritarias. Esta preferencia por la opción mayoritaria de cada momento no es más que una manera eufemística de reconocer que, al ser más fuertes los más que los menos, la opción de los más fuertes debe prevalecer sobre la de los más débiles, como ocurre entre los irracionales. Esta solución no deja de tener cierta ventaja pragmática, pero, evidentemente, no es racional, sino de voluntad, y, por ello, de superioridad de fuerza. Pero no puede ella misma ser aceptada como "bien": no puede consistir el "bien común" en que los más fuertes sean preferidos a los más débiles, aunque no deja de ser razonable, en cierto modo, que, al menos por consideraciones prácticas, se evite que la imposición de los más fuertes se realice por otra vía menos convencional: porque el dominio del más fuerte, después de todo, asegura mejor la paz que el del más débil, que, presumiblemente, no podrá resistir la insubordinación del más fuerte contra él.

La solución práctica de sustituir la falta de unanimidad por la mayoría se impone cuando se trata de construir la voluntad de un grupo, pero no cuando hay que formular un criterio racional, pues nada impide —incluso es muy frecuente— que la volun-

tad de la minoría sea más racional que la de la mayoría. En efecto, la racionalidad de una opción depende fundamentalmente de la información real sobre los datos de hecho que entran en juego; y ese conocimiento de los datos reales requiere frecuentemente una aptitud mental que no puede reconocerse a la mayoría. En cambio, cuando se trata de una opción de libre voluntad más que de racionalidad, la decisión por el voto mayoritario no es absurda. Con todo, no hay que olvidar que, por un lado, cuando no es necesario construir una voluntad del grupo —por ejemplo, cuando un grupo no tiene la personalidad jurídica de la que debe extraerse una declaración de voluntad única—, la solución de decidir por mayoría sigue siendo inconsecuente; por otro lado, que se trata siempre de una decisión de voluntad y no de inteligencia, siendo así que la experiencia humana prueba que esas dos potencias del alma son frecuentemente contradictorias; así, en último término, la decisión por mayoría manifiesta la opción de la voluntad libre de un grupo humano, pero no el acierto objetivo de su responsabilidad.

7. RECUPERACIÓN DEL CRITERIO DIVINO

Si, dada la inevitable variedad de opciones personales, no podemos encontrar en ellas un criterio universal seguro y permanente para distinguir el bien del mal, se impone la necesidad de, renunciando a la pretensión de ser como Dios, averiguar cuál puede ser el criterio de discriminación que su pro-

videncia se había reservado. Hay que recuperar el criterio de Dios acerca del bien y del mal.

Un criterio divino sobre el bien y el mal que dependiera de la voluntad de Dios podría, en principio, no ser universal y permanente, pues resultaría incompatible con la omnipotencia de Dios, que su voluntad no pudiera variar en consideración de las personas afectadas por aquella voluntad en distintos momentos. Pero una certeza de la invariabilidad de tal criterio divino nos viene asegurada porque tal criterio no depende directamente de su voluntad, sino de la racionalidad imbuida en el hombre mismo. La naturaleza, como obra de la Creación, sí dependía de la voluntad divina, sin atenerse ésta a la racionalidad humana, pero, una vez creada la naturaleza, resultaba de ese dato de hecho un criterio objetivo sobre el bien por naturaleza, invariable ya como la misma naturaleza de la que se deducía. En este sentido se habla de "ley natural", como concreción de la "ley eterna" de toda la Creación: una ley invariable y racionalmente intuible, aunque el deterioro de la razón humana no siempre permita intuirla con la suficiente nitidez y certeza.

No quiero volver aquí sobre la cuestión de las que pueden parecer excepciones divinas a esta ley natural suya. En mi opinión, no se da en tales casos, registrados en la revelación de la Biblia, una excepción a la ley divina, que, como digo, no depende directamente de la voluntad, sino de una mutación de la realidad de los hechos, posible para la voluntad divina como la misma Creación. Brevemente: una mutación de la aparente realidad y no una excepción a la ley racional. La transubstanciación

eucarística y el perdón de los pecados son también signos de esa omnipotencia divina para alterar la realidad de las cosas.

Gracias a esta explicación de las aparentes excepciones, podemos seguir afirmando la absoluta inmutabilidad de la ley natural. Se resuelve así la antigua duda de si es un "bien" lo que Dios quiere o Él quiere lo que es un "bien"; ni lo uno ni lo otro, sino que la ley natural no es objeto directo de un "querer" divino, sino indirecto en razón de la naturaleza creada por su voluntad de manera inalterable.

Así, pues, una vez identificado el bien común como el que resulta racionalmente conforme a la naturaleza humana, debemos buscar en la Revelación un criterio inmutable para distinguir ese bien; y se nos dice que, a efectos de la conducta humana, consta en el Decálogo y en los Evangelios, completados por los demás libros canónicos, y por la tradición de la Iglesia de Jesucristo. Esta localización del criterio de lo que es justo por naturaleza es la que encontramos en el Decreto de Graciano (distinctio 1: *quod in lege et evangelio continetur*), del que depende la más genuina doctrina de la Iglesia acerca del "derecho" llamado natural. Es ésa la ley divina por la que todo hombre, cuando muere, es juzgado por Dios, y luego, en el Juicio Final Universal.

Una idea sobre el contenido de este conjunto de preceptos que llamamos de derecho natural traté yo de dar en mi libro *Derecho y sentido común* (3.ª ed., 2001), y no voy a repetir aquí ese esfuerzo.

Tampoco volveré a destacar la diferencia fundamental que hay entre ese derecho natural y la formulación moderna de los llamados "derechos humanos", que pretenden ser la ley fundamental de la ortodoxia democrática *(political correctness)* hoy difundida por los más influyentes vencedores de la Guerra Mundial, en 1948.

El órgano por el que el hombre puede ajustar su conducta a la ley natural en todas sus concreciones existenciales es la "conciencia"; no es ésta la que debe juzgar sobre el bien y el mal, sino la que debe discernir las exigencias de la ley dada para regir su conducta según la virtud de la Prudencia.

La conciencia, como el alma humana, es única. La que suele llamarse "subconciencia" no es algo distinto, sino la misma conciencia en cuanto puede quedar afectada por los instintos o malos hábitos del cuerpo; del mismo modo que la misma conciencia única puede quedar sobrenaturalmente elevada por las virtudes y dones espirituales de la Gracia, y la ayuda actual del Ángel custodio de cada uno. En este sentido, la zona más entenebrecida de la conciencia es la de los sueños y la más iluminada es la de la oración.

8. LEY NATURAL Y DERECHOS HUMANOS

El bien común es, pues, el que se conforma con la ley natural, y no con una serie de principios éticos humanos convencionalmente establecidos, como pueden ser los de la "Declaración de derechos del hombre", que, como expliqué en mi contribución

al *Homenaje a Fernández de la Mora* (1995), en nada coincide con el derecho natural de los Diez Mandamientos.

Pero, al invocar nosotros la autoridad de la Iglesia como fuente para la determinación del derecho natural y, en consecuencia, del "bien común", conviene advertir que algunas declaraciones de la autoridad eclesiástica, referidas directamente al "bien común", parecen reflejar el criterio de la convencionalidad humana, que se presenta como universal.

Por ejemplo, la "Conferencia episcopal española" ("Los católicos en la vida pública", de 22 de abril de 1986), se refiere al bien común (núms. 119-121) como protección de los bienes fundamentales de la persona: el derecho a la vida desde la misma concepción, el matrimonio y la familia, la igualdad de oportunidades en la educación y en el trabajo, la libertad de enseñanza y de expresión, la libertad religiosa, la seguridad ciudadana, la contribución a la paz internacional, etcétera; por esos bienes «deben luchar los cristianos». Como puede verse, se empieza por poner el acento en las cuestiones actualmente problemáticas —aborto, divorcio, educación católica— para seguir luego con los tópicos de la actual "corrección política". Esta enumeración de principios, en efecto, nada tiene que ver con el derecho natural católico, sino que refleja la Ética democrática de la *political correctness.*

En efecto, el *derecho a la vida* podría ser una versión secular del precepto divino de "no matar", pero en la concepción de la ley divina es negativo y no puede convertirse en "derecho" si no se entien-

de por "derecho" un modo propagandístico de aludir a un deber, como en otros "derechos fundamentales", que carecen del complemento de una exigibilidad judicial concreta; ya se entiende que un muerto, ni un feto suprimido, pueden salir en defensa judicial de su propia vida, que se presupone extinguida. Por otra parte, la *protección del matrimonio y la familia* alude ambiguamente a la del matrimonio canónico y a la educación cristiana de los hijos, a la que vuelve a referirse la *libertad de educación;* pero no se menciona expresamente la defensa de la familia "legítima", siendo así que, sin legitimidad, no hay realmente familia. Lo de la *igualdad de oportunidades* resulta muy demagógico, pues es evidente que no puede haberla, ya que hay que presuponer la restricción: *en igualdad de condiciones;* y aun así, resulta ilusorio hablar, por ejemplo, de igualdad de oportunidades "en el trabajo", pues, en las mismas condiciones de capacidad objetiva, hay que contar siempre con factores de desigualdad en la elección del personal laboral; por ejemplo, por amistad, vínculo de parentesco, recomendación, etc. La *igualdad de oportunidades en la educación* depende igualmente de las condiciones personales, pero también de otros factores nada objetivos; por ejemplo, el hijo que nace en una familia culta siempre puede tener una cierta ventaja sobre los hijos de familias en cuyas casas "no hay libros", y la enseñanza que un padre puede dar a su hijo es también del todo particular e incomparable. Sobre la *libertad religiosa,* tan defendida hoy por el magisterio eclesiástico, ya se sabe que, en el fondo, se refiere a la de la Iglesia católica, para conseguir la cual difícilmente valen los esfuerzos abdicativos de los pueblos tradicional-

mente católicos. De la *seguridad ciudadana* vale más no hacer mención, pues es característico de las sociedades democráticas el favorecer la impunidad de los delincuentes, especialmente la de los pequeños delincuentes, que son la principal causa de "inseguridad ciudadana". En fin, que la contribución a la paz internacional sea algo de "bien común" por lo que el fiel cristiano "deba luchar", eso carece de todo realismo; y más cuando tenemos en cuenta que los organismos internacionales de la paz son todos ellos confesionalmente anticatólicos, empezando por alguno tan aparentemente pacificador, sólo aparentemente, como la ONU.

Así, pues, declaraciones del magisterio eclesiástico como ésta, aunque siempre respetables, no valen para ilustrar sobre el derecho natural y el bien común que en él debe fundarse. Y la exigencia de una colaboración de los fieles en este sentido no sirve más que para gravar innecesariamente la conciencia de éstos; como ocurre con la propaganda contra la abstención electoral, siendo así que, contra las insuperables decisiones injustas de la democracia, no queda más defensa racional que la abstención.

Por lo demás, si los derechos humanos han sido enunciados sin pensar en su posible o no exigibilidad procesal, es decir, sin considerarlos como "derechos" propiamente dichos, esto se debe a que su fin es el de constituir una nueva Ética, más que un nuevo derecho. Esta nueva Ética de la "corrección política" ha sido evidentemente constituida como sustitutiva de la tradicional Ética cristiana, consistente en deberes morales; y por eso puede descubrirse en esa revolución su signo profundamente

anticristiano. Lo que resulta más sorprendente es que los católicos se hayan dejado seducir por esta revolución.

9. PATRIOTISMO

Pertenece también al cuerpo de preceptos extraídos de la ortodoxia cristiana fundada en la Revelación sobre el derecho natural, un criterio añadido pero coherente con lo revelado, que es el de la fidelidad a la identidad histórica del grupo humano al que se pertenece. Esta fidelidad puede aparecer como "patriotismo", es decir, como modalidad de la virtud de la piedad, no ya respecto a los progenitores, sino a los precursores de aquel grupo humano; no sólo del actual Estado nacional, tampoco de una región que pretende ser "nación", sino de cualquier grupo superior a la "familia", pues ésta tiene ya sus "padres" generacionales y la propia virtud de una piedad que les es debida; así el afecto a una ciudad, a una corporación, a una universidad, etc., entra dentro de este concepto amplio de "patriotismo".

Naturalmente, el ámbito del patriotismo es de intensidad variable, como el del mismo concepto de "patria". Al no ser ese de la fidelidad a los "padres de una comunidad", e indirectamente a los "hermanos" de ella, un precepto directamente revelado, sino sólo concomitante con el sí revelado de la piedad respecto a los padres progenitores y, por extensión, de respeto a los que ejercen una potestad de gobierno cuasipaternal, pueden darse, a propósito

de tal precepto, contradicciones y dudas, que no son siempre susceptibles de solución indiscutible.

Una primera contradicción que puede ocasionar esta defensa de la propia identidad comunitaria es con el derecho natural. La defensa de esa propia identidad es de derecho natural, pero tal identidad puede no ajustarse a las exigencias éticas del derecho natural. Así, por ejemplo, un pueblo que practica la poligamia contradice el derecho natural al defender esa tradicional pero errónea ética suya. El derecho divino natural debe superar, pues, la tradición comunitaria, en esos casos de contradicción. Así se explica el deber moral de "conversión" de aquellas comunidades que, por particular tradición, no se ajustan al derecho natural universal. Sobre el deber natural de corregir el error religioso he tratado en mi opúsculo *Derecho y sentido común* (3.ª ed., 2001).

Una segunda contradicción que puede surgir a propósito de esa fidelidad que podemos llamar "patriotismo", es la que resulta de una contradicción de voluntad entre grupos distintos. Esta contradicción depende ordinariamente de "intereses" contrapuestos, pues, del mismo modo que cabe distinguir entre interés común de un grupo y de un particular, cabe también distinguir entre particulares y entre grupos. La defensa del propio grupo es de derecho natural y, por lo tanto, constituye un principio de bien común, pero, al haber contradicción en otro grupo, ésta es ya de intereses particulares de los grupos enfrentados. Aunque la defensa misma, con recta conciencia, sea de bien común, y deba reconocerse también al adversario, lo que en concreto

se defiende no es ya un bien común, sino un interés particular. Así, el bien común formal de la defensa no implica que el objeto de ella sea un bien común; en otras palabras, es un bien común defender lo que no es común. Esto es lo que ocurre en cualquier contradicción de intereses sometida a juicio: es un bien común que los litigantes defiendan con recta conciencia sus intereses particulares, y es el juez quien, si da una sentencia justa, obra con ello un bien común que puede coincidir con los intereses del vencedor en el litigio.

La dificultad para resolver esta contradicción entre grupos está en que los antagonistas no siempre reconocen un orden superior judicial o de arbitraje institucional conforme al que su discrepancia pueda ser juzgada, y por ello no es posible una solución mínimamente reglada en razón. Hay que acudir entonces a criterios de "bien" común universal, pero no es fácil, al menos hoy, que la razón de los contendientes llegue a aceptar tales criterios por encima de los propios "intereses".

Cuando se trata, como es frecuente, de discusiones que afectan al control de espacios territoriales o similares, el bien común universal parece exigir una distribución de preferencias relativas determinadas por la mayor necesidad natural y el posible control efectivo de aquel espacio. Éste es el objeto de la ciencia que he llamado *Geodierética.* Por ese método es posible superar la contradicción de los intereses enfrentados mediante el reconocimiento del bien común.

10. ARBITRAJE

El procedimiento natural para resolver este tipo de conflictos, a falta de un orden judicial o arbitral preconstituido, será el del arbitraje ocasionalmente convenido; cuyas resoluciones requerirán un suplemento de ejecutividad que muchas veces no pasará de ser la coacción del desprestigio entre los otros miembros de la actual comunidad en la que se integra la contradicción.

Cabe pensar que el procedimiento arbitral en distintos niveles y funciones ha de ser en el futuro un modo ordinario de resolver conflictos entre personas y grupos humanos. Porque la actual crisis del Estado, del mismo modo que afecta a la Economía y al Ejército, afectará también a la administración de la justicia, dentro del mismo ámbito nacional y, con más razón en los conflictos internacionales. Y este procedimiento, precisamente por su "arbitrio" menos sujeto a normas nacionales positivas, irá creando su propio derecho en virtud del consenso de los que vayan acordando su praxis y hasta su institucionalización. De este modo, ese orden concordado de los posibles litigantes puede realizar a escala mundial el antiguo principio foral de *paramiento ley vence:* su derecho concordado y aplicado por los árbitros vendría a superar lo que puedan disponer las leyes positivas aplicadas por los jueces estatales.

El arbitraje se ofrece así como la solución más racional de resolver conflictos de intereses particulares, entre individuos o entre comunidades, y,

por eso mismo, es una exigencia del bien común. Cuando, por distintas razones, se hace imposible esta solución arbitral, nos vemos enfrentados con la enemistad, de la que tratamos en el capítulo siguiente.

CAPÍTULO III

ENEMIGO PÚBLICO

11. ENEMISTAD Y AMISTAD

Conviene aclarar, antes de entrar en el tema de la "enemistad pública", que este adjetivo se refiere aquí a una enemistad que afecta directamente a una comunidad como tal, por parte de otra comunidad o de un individuo; no a la enemistad particular que puede ser "públicamente" conocida; incluso oficialmente reconocida. En este último sentido sirve el término para recusar un juez oficial o un testigo por parte del litigante afectado, como hace la Ley orgánica del poder judicial, art. 219.8. Así también, el canon 1757, § 2, núm. 3, del antiguo Código canónico, de 1917, excluía como *suspecti* a los testigos (o peritos: canon 1795, § 2) por ser *publici gravesque partis inimici;* esto, aparte de que el juez pueda tener en cuenta, tanto la enemistad leve como la amistad íntima; el nuevo Código canónico de 1983 (canon 1550) ha suprimido toda la categoría de los *suspecti,* y, por ello, no habla nunca de ese tipo de enemistad "pública", ni de ningún otro tipo de enemistad. En esta eliminación del término debe verse

cierta acomodación a la tendencia pacifista del mundo moderno, para la que la enemistad, incluso la privada, debe ser silenciada. Pero aquellos antiguos *publici inimici* no lo eran de la Comunidad —la Iglesia—, sino de personas particulares, y por ello no eran "enemigos públicos" en el sentido que ahora nos interesa, sino enemigos privados públicamente reconocidos.

La "enemistad" no es fácilmente eliminable, como tampoco lo es la "amistad", que es su contrario. Sólo que, siendo la amistad una relación esencialmente recíproca, presupone la bilateralidad, en tanto la enemistad consiste en una actitud anímica que puede darse unilateralmente; y por eso puede una persona decir que "no tiene enemigos" aunque no falte quien se declare enemigo de ella. De ahí la importancia que tiene, como se dirá luego, la "declaración de enemistad": la amistad existe por sí misma, pero la enemistad, si no es un simple sentimiento íntimo de aversión, debe ser formalmente reconocible, mediante "declaración".

Nos vamos a referir aquí tan sólo a la enemistad con una comunidad, por parte de un grupo o de un individuo singular, o a la relación similar, pero contraria, de amistad.

La "amistad", como la misma palabra indica, es una modalidad del "amor": un amor en el que se interfiere un cierto "interés" particular; puede llamarse "amor interesado", siempre que por "interés" no se entienda el meramente material, pues entonces no habría nada de amor, y no cabría llamarlo "amistad".

En su sentido más pleno y elevado, el Amor es la voluntad de unir la perfección de una persona a la propia. Es siempre una relación personal, aunque pueda ser plural respecto a un grupo humano, representado a veces por un símbolo, como es, por ejemplo, una bandera, representativa de la patria: el "amor a la patria", que es a toda la comunidad en ella comprendida.

La amistad, en cambio, no es un puro "vínculo de perfección", sino que depende de intereses siempre parciales, como puede ser la complacencia de la simpatía, el uso de la convivencia, la necesidad de ayuda, la unión frente a un enemigo común, etc. Es así un amor de grado menor, menos perfecto precisamente por ser "interesado".

Conviene observar, a este respecto, cómo en el triple examen de Amor a que Jesucristo sometió a Pedro (Juan 21, 15 ss.), no se atrevía éste, consciente de su flaqueza tras la triple negación, a responder que "amaba" *(agapein),* y se limitó a afirmar su "amistad" *(philein),* hasta que, a la tercera vez, se le preguntó por su amistad, que es lo que él sí se atrevía a confesar. Este matiz diferencial puede apreciarse mejor en el texto griego que en la Vulgata, donde el verbo *amare* se refiere a la amistad y no al "amor" de "agápe", la *dilectio* en latín.

En efecto, la amistad es inferior al amor de caridad, que es desinteresado; y la amistad pública, entendida también como la que se une con una comunidad, resulta siempre contingente, como también la enemistad, pues se funda muy principalmente en intereses parciales, aunque pueden ser coincidentes.

Respecto al Estado, siendo éste por sí mismo, un ente de poder, siempre en posible contradicción con otros Estados o con grupos o personas integradas en él, el reconocimiento de la amistad con un Estado presupone ya latentemente el de la enemistad con otros terceros; la amistad se presenta ordinariamente como alianza —a modo de paz pactada que supera la guerra— contra un enemigo común. Si el enemigo es interno, esta enemistad supone la constitución de un orden estatal en cuya conformidad se establece la amistad oficial de la comunidad.

Cuando Carl SCHMITT cifra la esencia de lo político en la discriminación de amigo-enemigo, no hace más que poner en evidencia la polemicidad del Estado; y es claro que ese concepto de amistad es el más alejado posible del auténtico Amor, pues es siempre coyuntural e inestable. Esto, no sólo respecto a otros Estados, sino también en la misma política interna, por el hecho de la alternancia de grupos contrarios en el gobierno del Estado, y de las posibles revoluciones en el orden ético de la comunidad.

Debe advertirse todavía, que la enemistad pública, al referirse a una colectividad, no es incompatible con una amistad y un auténtico Amor interpersonal. Se da a veces entre adversarios políticos, pero puede darse en la misma modalidad extrema de enemistad que es la guerra. No es infrecuente en ella que haya verdaderos amigos personales enfrentados a causa de la hostilidad colectiva; y hay experiencia también de cómo soldados en parapetos enfrentados llegan a veces a establecer amistosamente una suspensión particular de la hostilidad

colectiva para cumplir ciertos deberes de caridad, como es la atención de heridos o recogida de cadáveres, o incluso para una simpática comunicación personal mediante altavoces. Es más: hay experiencia también de cómo la guerra no implica necesariamente el odio al enemigo, porque el odio es personal, como el amor, y la hostilidad bélica es entre grupos organizados para hacer la guerra; el amor a una persona enemiga es posible a pesar de la contradicción hostil entre los respectivos ejércitos: se mata a un beligerante anónimo, aunque se puede amar al enemigo personalmente conocido; así puede ocurrir que dos hermanos o amigos que se aman entrañablemente se encuentren, en trincheras enfrentadas, como enemigos públicos: son enemigos, pero sin odio.

"Odio" no es un término jurídico, como es, en cambio, "enemistad". Aunque éste pueda tener su raíz en el sentimiento de odio, no es más, en tal caso, que una expresión formal de aquel sentimiento. La enemistad se opone a la amistad, y el odio se opone al amor, pero estos sentimientos son morales, en tanto aquéllos son posiciones de una relación jurídicamente formalizable. No hay entre enemistad y odio una relación de diferencia gradual como la que hay entre amor y amistad. Pero, en cambio, sí hay grados en la misma relación de enemistad.

La diferencia más importante para nuestro tema es la que debe hacerse entre enemigo declarado como "público" y el que no ha sido declarado como "público", aunque no sea por ello "privado", pues puede ser un adversario, ocasional o incluso habitual, del orden de la comunidad.

12. DECLARACIÓN DE ENEMISTAD PÚBLICA

La enemistad "pública" presupone una declaración formal; sea especial para un caso, sea en virtud de un precepto general que implica aquel mismo efecto.

La situación de enemigo público depende, pues, de una declaración oficial de "enemistad" respecto a un determinado grupo. En su forma más típica y grave, se identifica con una declaración de guerra.

Según el antiguo derecho de guerra, ésta presuponía una declaración formal de hostilidad, en virtud de la cual los actos de violencia que la seguían quedaban acogidos a aquel derecho; gracias a esta declaración, la muerte dejaba de ser un homicidio para convertirse en un acto de guerra, es decir, de legítima defensa. Sin embargo, si en todas las épocas faltó, con cierta frecuencia, este requisito formal de la declaración de guerra, la crisis del derecho de guerra causada por el pacifismo, en tiempos modernos, ha generalizado la omisión de tal declaración; en alguna ocasión, sin que hubiera sorpresa por parte del agredido, por conocer éste la inminencia de la agresión a pesar de no haber habido declaración formal de guerra. Naturalmente, estas omisiones hoy ordinarias, tienen como consecuencia una mayor dificultad para señalar el comienzo de una guerra propiamente dicha; y, a veces, algo parecido ocurre con su final, por faltar un convenido de paz definitiva, y no meramente temporal como puede ser una tregua, incluso un cese fáctico de las hos-

tilidades sin convenio de paz o de tregua, ni siquiera una declaración unilateral de "alto el fuego". Esta indeterminación ha contribuido a oscurecer los límites temporales de la guerra. Al mismo tiempo que "total", por implicar en las hostilidades a todo un pueblo en todas sus actividades, también civiles y espirituales, la guerra ha venido a hacerse "indefinida", y difícilmente distinguible de maneras impropias de hostilidad, como puede ser la llamada "guerra fría", entre potenciales enemigos, y la llamada "guerra sucia" que hace unilateralmente un grupo de partisanos, fuera de la guerra, o la de terroristas, e incluso la que un Estado puede hacer informalmente contra aquéllos. Y la confusión se agrava por el hecho de que se dan actos bélicos al margen de la hostilidad de los ejércitos, por la concurrencia de fuerzas armadas paramilitares de las que nadie figura como responsable. En cierto modo, esta agravación del mal que es la guerra se ha debido a la propaganda contra esa inevitable institución universal por parte de un inútil pacifismo.

Aunque la hostilidad suele ser colectiva y no personal, sin embargo, puede darse también una forma de declaración de hostilidad contra una persona, pero que implica, aunque sea tácitamente, una declaración de hostilidad contra todo un grupo, principalmente un grupo nacional, que aquella persona, en cierto modo, representa. Tal fue el caso, por ejemplo, de la hostilidad que un grupo representativo del pueblo judío declaró a Hitler como respuesta a la decisión de querer éste sustituir el régimen financiero internacional del "patrón oro", y de establecer el intercambio internacional de mer-

cancías por medio de permutas. La comunidad judía universal vino a declarar la guerra a Alemania, y se comprende que la hostilidad bélica y de persecución racial que siguió, desde el punto de vista de Alemania, fuera concebida como respuesta a esa singular declaración de hostilidad contra la persona del jefe nacional, el "Führer".

Pero no siempre el declarado enemigo público es propiamente un enemigo bélico, pues la declaración de enemistad puede presentarse en otras formas muy variadas.

Cabe concebir que el gobierno de una "nación" se abstenga de aceptar la guerra que otro le declara, o hace realmente, por encontrarse sin fuerza para afrontar razonablemente esa guerra, pero considera "enemigo público" al que se la hace, y, en consecuencia, declare la impunidad de la violencia que el propio pueblo ejerza contra aquél en forma de "guerrilla". Ésta es la defensa más apropiada para una nación agredida por otra mucho más fuerte, como España al ser invadida por Napoleón.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que la guerra es la forma más típica de legítima defensa contra un enemigo exterior, actual o potencial, pero que, no sólo puede darse contra un enemigo exterior, sino también interior.

Naturalmente, no debe verse hostilidad en la delincuencia ordinaria, que no atenta contra la integridad o identidad esencial de la comunidad; de ella se trata al final (sub IV).

Un tipo distinto de criminalización singular de un no-beligerante es el muy tradicional en la antigua

doctrina del tiranicidio. También se trata aquí de una modalidad de legítima defensa contra alguien que viene a ser considerado enemigo público por el abuso del gobierno que efectivamente ejerce. Como esta calificación de enemigo público no resulta formalmente cierta ni mucho menos indubitable, también aquí la legitimidad de la acción parece depender de la aceptación fáctica del resultado.

La doctrina del tiranicidio cuenta con un debate histórico antiguo, pero que hoy ha perdido actualidad, más en la teoría que en la práctica. Porque, aunque en tiempos modernos no han faltado casos de magnicidio por intolerancia de pretendido despotismo, la teoría parece haber perdido actualidad dentro del ámbito de la democracia: por la desaparición de poderes personales de carácter absoluto. Incluso en el supuesto de abusos del poder, que siempre pueden existir en las democracias, éstos son imputables más a grupos políticos, como pueden ser los partidos, que a personas individuales, por lo que la eliminación por muerte de la persona que ejerce el poder considerado tiránico resulta de escasa utilidad, ya que el abuso de poder no es propiamente personal, sino del grupo al que pertenece, que no es totalmente eliminable por la muerte. En cambio, es una indiscutible ventaja de los regímenes monárquicos o monocráticos la de hacer posible la legítima defensa de la comunidad afectada a título de tiranicidio.

En consecuencia, se puede prescindir hoy, al menos en teoría, de la legítima defensa consistente en tiranicidio. De hecho, aunque siga practicándose con cierto consenso popular en algunos casos, la

teoría política y ética parece haber prescindido de considerar este caso de legítima defensa contra un enemigo público; también se puede tramitar judicialmente como la defensa que la sociedad ejerce contra los delincuentes singulares.

Distinta de la declaración de hostilidad es la declaración de rechazo personal como *"persona non grata"*. No se trata ya de "hostilidad" propiamente dicha, sino de no-aceptabilidad diplomática. En efecto, el uso de este tipo de declaración es conocido en las relaciones diplomáticas, para rechazar el nombramiento de un representante diplomático extranjero, sin necesidad de justificar tal declaración. De hecho, se puede evitar este posible rechazo mediante la previa tentativa de aceptación, que se conoce con el nombre de *agréement.* Pero, si se llega a producir el nombramiento de la persona declarada *non grata,* puede el declarante no aceptar la representación que tal persona pretende ostentar. Es más: puede el gobierno que la rechaza venir a privarle de capacidad procesal, lo que equivale ya a una sanción penal por infringir el uso diplomático internacional.

Por lo demás, es claro que la enemistad de una persona integrada en la propia comunidad afectada por la conducta de aquélla reviste formas distintas a las de la declaración de hostilidad de personas extrañas. Ordinariamente, al quedar un miembro de la comunidad sometido a un orden legal interno, su posición de enemistad puede depender de la norma legal, sin necesidad de una declaración especial. Pero hay que distinguir aquí, aunque, como veremos, no siempre es fácil, entre la norma que equi-

para al infractor con un enemigo público y la que le da tratamiento de delincuente con pena no-capital. El caso de traición es el más claro de sanción penal que implica enemistad pública; pero hay otros casos en los que, aun sin riesgo de pena de muerte, el delincuente viene a equipararse a un enemigo público de la comunidad. Sobre estas sanciones penales tratamos más adelante.

13. ENEMISTAD Y HOSTILIDAD

Era tradicional la antigua distinción romana entre el *hostis,* que es el enemigo exterior, y el *inimicus,* que es el adversario en una contienda, incluso guerra civil. Esta distinción ha podido perdurar en el planteamiento de la Edad Moderna, por la identificación del "beligerante" conforme a derecho —*iustus hostis*— con el "Estado", como en la Edad Media había podido identificarse con el "Rey", responsable de la hostilidad. De esta suerte, sólo el "Estado" podía ser considerado legitimado para hacer la guerra, en tanto otro tipo de adversario hostil, sobre todo el interno, el de la "guerra civil", sería tan sólo un *inimicus.*

Sin embargo, esta distinción debe considerarse hoy superada. En primer lugar, porque los "Estados" no son "extraños" entre sí, de modo que incluso una guerra internacional viene a ser una guerra "civil" dentro de la comunidad mayor, de un gran espacio; así pudo decirse que la Guerra Europea fue una "guerra civil". Por otro lado, el adversario interno, como puede ser el secesionista o el revo-

lucionario, suele contar con la complicidad o declarada alianza de otros "Estados", con lo que resulta difícil su distinción respecto a una guerra internacional. Por esto mismo, la disciplina del derecho de guerra, constituida para la guerra internacional, es hoy aplicable también a la guerra civil.

A esto se añade que las hostilidades pueden no ser de violencia armada, sino de medidas coactivas como el "bloqueo", que suele interponerse en una guerra ya actual, internacional o civil, pero también puede darse sin ocasión de un conflicto armado, a modo de coacción preventiva, principalmente económica. Como la misma guerra, el bloqueo no depende de la existencia de una justificación taxativa, sino de la fuerza real de quien lo impone, es decir, de la posibilidad de hacer que lo respeten los no-beligerantes.

Asimismo, entra dentro de la dinámica de las hostilidades la práctica de los actos de retorsión, sobre todo de carácter económico, que suponen una hostilidad sin declaración de guerra, y sin intervención armada, pero son actos de evidente hostilidad.

A la misma idea de retorsión corresponde la práctica de las llamadas "represalias", que cuentan con una interesante historia desde la desaparición del Imperio Romano. Consisten en el apoderamiento de bienes del enemigo como modo de coacción pública contra la indefensión ante actos injustos sufridos por otra comunidad o alguno de sus miembros. Aunque, en principio, no suponen una beligerancia, hoy, de hecho, se dan siempre dentro de ella. Algo parecido ocurre con el apoderamiento de

"rehenes" —cuyo antecedente histórico es la *androlepsia* griega—, que suele presentarse como pieza coactiva y vindicativa en casos de "ley marcial" conexos con la *occupatio bellica.*

En fin, la guerra interna dentro de una comunidad puede ser tan "hostil" como la guerra exterior, hoy internacional, pero no deja de presentar algunos rasgos diferenciales, aunque también éstos tiendan a borrarse por la actitud globalizadora de considerar todo el orbe como una única comunidad humana.

14. FALSA IDEA DE "ALDEA UNIVERSAL"

Suele hablarse hoy de que el mundo se ha convertido en una "aldea universal". Esto recuerda lo que se decía del Imperio Romano —en boca, por ejemplo, del poeta tardío Rutilio NAMACIANO (*de reditu suo,* vv. 63-66)— acerca de haber Roma convertido en "urbe" lo que antes era un "orbe":

> «En una sola patria naciones has unido:
> el ser por ti vencidos redundó en su provecho,
> y, al hacerlas tú socias de tu propio derecho,
> lo que era antes Orbe en Urbe has convertido».

Esta manera de hablar, aunque poética, correspondía al hecho de que la unidad del pueblo romano no radicaba en el territorio de la ciudad de Roma, sino en la comunidad de estirpe civil, de "nombre romano", que ya se había logrado generalizar entre gentes libres desde que, a principios del siglo III, el emperador Caracala había suprimido

la condición de *peregrini;* el "orbe" —la *oikoumene* griega—, por lo demás, era un ámbito del que quedaban marginadas las naciones bárbaras. En este sentido, podía decirse que ese "orbe" limitado se había convertido en una única ciudadanía *(civitas).*

Pero lo de "aldea universal" carece de sentido, pues la "aldea" no es "urbe", sino todo lo contrario, y resulta una contradicción esencial hablar de la universalidad, no ya de una "urbe", sino de una "aldea". Porque hay que tener en cuenta también que la universalización del mundo es un resultado de la progresiva tecnificación. Ahora bien: la técnica se caracteriza por aproximar lo distante a la vez que distancia de lo próximo. Una imagen simbólica de este fenómeno podemos ver en una familia en su intimidad, atenta a la televisión: este instrumento técnico viene a aproximarles imágenes y noticias remotas, pero, al mismo tiempo, viene a impedir la comunicación personal entre los miembros de aquella familia reunida. La aldea, en cambio, es el símbolo de todo lo contrario: de una estrecha comunicación entre sus miembros y una incomunicación con lo lejano. Así, pues, lo de "aldea universal" viene a ser una contradicción en los términos; pero, aunque esta imagen de la "aldea universal" no tenga sentido, no es menos cierto, sin embargo, que las diferencias entre guerra internacional y guerra civil tienden a desdibujarse por la idea de que todas las naciones forman una comunidad internacional, siendo así que no puede pasar de ser una "sociedad" de "pueblos" distintos.

Por otro lado, no debemos pensar que la "globalización" del mundo produce una razonable uni-

dad. Es precisamente la idea de continuidad indiferenciada que inspira la globalización la que impide la radical y coherente unidad de un orden común. Para que éste exista, se requiere el reconocimiento formal de la discontinuidad; tanto la horizonal, entre los distintos miembros y partes que integran el conjunto, como la vertical, entre los distintos niveles de decisión. La indiferencia de la continuidad es incompatible con un orden razonable; sólo con una clara determinación de la discontinuidad resulta posible un orden coherente de libertad. El mundo requiere aldeas, grandes y pequeñas, y éstas requieren un mundo, pero la aldea convertida en mundo es una contradicción aniquilante.

Pero la globalización tiene también otro efecto respecto al giro actual de la guerra. En la actualidad, podemos ver cómo la guerra, que persiste generalizada en toda la tierra, aunque heterogénea en sus causas y con accidentales intermitencias, ha dejado de ser una guerra territorial, de ejércitos estatales enfrentados en la pugna por dominar el suelo del enemigo, para convertirse en un conflicto interno de golpes personalizados por comandos ocasionales dentro de un mismo territorio; es decir, las guerras actuales han venido a ser todas ellas "civiles". Y es sintomático, en este sentido, que, recientemente, la mayor potencia militar del orbe, para reprimir la hostilidad de una nación lejana, haya tenido que recurrir a la instigación de una guerra civil dentro del territorio enemigo.

Ahora bien, la globalización del mundo tiene como consecuencia que la nueva guerra civil, diversificada pero total, se haya convertido en universal.

Estamos así en presencia de una "guerra civil globalizada", que, precisamente por su heterogeneidad, dispersión e informalidad jurídica, corre el riesgo de hacerse perpetua, es decir, sin espacio, ni temporal ni territorial, para una victoria seguida de paz.

Independientemente del signo ideológico que puedan tener algunos de los actuales enemigos de la globalización, lo que en la pretensión de ésta podemos ver es el proyecto sinárquico de un dominio económico centralizado de todo el orbe, sin miramientos por un orden ético de paz. Es decir, todo lo contrario de lo que puede ser la universalidad moral de la Iglesia Católica.

15. GUERRA CIVIL Y TRAICIÓN

Lo que todavía puede perturbar la singularidad de la guerra civil es la consideración de que el enemigo interno es un "traidor" a la comunidad —a la Patria—, y venga por eso a ser criminalizado por su adversario, ya que la "traición" es un delito como otros.

La "traición", en su sentido propio, consiste en una "entrega", por parte de alguien o de un grupo perteneciente a la comunidad, contra algo que afecta actual o potencialmente a la integridad de ésta. Pero también hay traición cuando, sin favorecer a un enemigo, se deserta de la defensa de la propia comunidad, por ejemplo, de un Ejército. Esta deserción puede consistir en rehuir la incorporación legal al Ejército, de cuyo caso se habla de "prófugos", o de huir del ya incorporado, que es el propiamente

"desertor". El prófugo en un momento de paz es el "insumiso", que, como objetor de conciencia, no se incorpora al Ejército cuando debe hacerlo; la gravedad de esta deserción es menor que la del prófugo o desertor, pero no deja de ser un acto de algún modo sancionable, quizá con la pérdida de la nacionalidad, como en el caso del que se incorpora a un Ejército extranjero en tiempo de paz.

Un criminal individual ordinario no es un "traidor", porque no entrega nada a un enemigo de la comunidad, pero un espía al servicio del enemigo es ya un "traidor". Cuando se trata de actos colectivos contra el orden establecido, también hay que distinguir entre delitos ordinarios perpetrados por una banda, y actos que favorecen a un enemigo exterior, en cuyo caso puede hablarse ya de traición; respecto a éstos, precisamente por haber más que delito, no puede aplicarse el principio de legalidad propio del derecho penal; como también en el supuesto de un traidor individual, puede ocurrir que su acto no esté tipificado por la ley, a pesar de lo cual puede ser castigado como traición. Por esto, el delito de traición excede del marco de la legalidad penal y puede interferirse en el de la beligerancia.

La dificultad que presenta el caso de traición colectiva está en que puede faltar un enemigo exterior favorecido por el acto subversivo. Así sucede precisamente en las guerras de independencia regional, cuando el grupo subversivo se constituye él mismo en enemigo exterior, y la traición no favorece —al menos directamente— a otro distinto que a él mismo. Puede pretenderse, en esas ocasiones, que el acto de subversión es traición, pues atenta

contra la integridad de la comunidad; hay entonces como un desdoblamiento de la hostilidad: la del colectivo bélico que pretende dominar a la comunidad o independizarse de ella, y la de cada individuo que, al secundar ese propósito, incurre en traición. Puede decirse así que esa traición es individual pero al servicio del propio colectivo, enemigo hostil a la comunidad a la que aquel grupo pertenece actualmente. Se combina así la traición personal con la hostilidad pública.

Esta implicación de la traición en la guerra civil es muy grave. Hay que tener presente que, aunque la traición puede ser, no-individual, sino de un grupo, no deja por ello de ser un delito, que debe ser juzgado en derecho, aunque sea con la severidad del derecho de guerra que es el propio de los tribunales militares. El hecho de ser colectivo no altera su calificación de delito, del mismo modo que es delito el que comete una banda de atracadores.

La exclusión de la idea del delito de traición depende, en algunos casos, de que un grupo se constituya en beligerante, con lo que cesa ya la aplicación de la justicia personal para dar entrada a la del derecho de guerra. Porque la guerra misma deja ya de ser un delito, aunque los excesos que en ella se cometan puedan ser juzgados por el derecho de guerra. Se presupone ciertamente una declaración de guerra, por parte del propio grupo hostil a la comunidad en que se integra; pero, de hecho, una hostilidad de este tipo, que excluye la criminalización, sólo puede darse cuando existe, al menos en un grado apreciable, un apoyo de la sociedad civil de la que el beligerante se declara defensor. Esto

ocurre ordinariamente en las guerras civiles de secesión regional. En ellas, pues, no puede calificarse de traidor al secesionista, sino de enemigo bélico: con él se debe observar el régimen del derecho de guerra y no de derecho penal ordinario. La defensa de la independencia regional neutraliza, en estos casos, la traición a la comunidad mayor a la que se hace la guerra.

Las consecuencias prácticas de la falsa conversión del enemigo civil en traidor son, efectivamente, muy graves, porque cuando se trata de un enemigo exterior ordinario, la hostilidad permite matarle o, si se le captura, retenerle como prisionero, no en prisiones ordinarias como si fueran delincuentes, sino en campos de concentración de distintos tipos; al mismo tiempo, por derecho de guerra, no se debe dar muerte a los prisioneros; y sólo se les puede juzgar, según la justicia militar, cuando han cometido actos contrarios al derecho de guerra. En cambio, cuando se captura a un enemigo interno al que se pretende considerar traidor, estos límites del derecho de guerra pueden fallar. En principio, los tribunales militares deberían juzgar al que comete el delito de traición, sin sometimiento a la legalidad penal ordinaria, pues puede ocurrir que la ley penal no haya tipificado el delito de traición, pero, de hecho, siempre se corre el riesgo de que, en el precipitado desorden de la guerra civil, se dé muerte directamente al enemigo traidor que ha caído prisionero. Y esto puede ocurrir incluso fuera de acciones bélicas concretas; incluso, preventivamente, antes de que éstas se realicen actualmente. Así ocurre cuando un beligerante, dentro de su terri-

torio, mata a las personas que sospecha van a favorecer al enemigo —a modo de "quinta columna"—. Aparte la inseguridad de la sospecha, aun considerando a esa población civil como prisionera, la ejecución sin juicio —o con informal "juicio sumario"— es un acto contrario al derecho de guerra.

En fin, es desde luego un desorden injusto que se mate preventivamente al supuesto traidor, pero el control de ese desorden es difícil de cumplir. Son excesos de la guerra que sólo excepcionalmente son efectivamente castigados por los propios tribunales militares. Pero también la matanza de población civil, por ejemplo, en el bombardeo de una ciudad, es un exceso indeseable, aunque difícilmente controlable, incluso cuando pueda parecer técnicamente innecesario.

La guerra presupone un enemigo colectivo que debe ser dominado sin acepción de personas, y, aunque se plantea como lucha entre ejércitos, que, en principio no debe afectar a la población civil enemiga, es difícil de contener dentro de ese límite; son los "tribunales de guerra" los que deben juzgar sobre los excesos punibles. Los jueces civiles no pueden tener competencia sobre esos excesos, porque no tienen experiencia de las exigencias de la acción bélica. Por ejemplo, a un juez civil le resultará imposible admitir la licitud de represiones cruentas por infracción de las condiciones impuestas en razón de una "ocupación bélica", como "estado de guerra". La "ley marcial", en estos casos, excede de la competencia de los jueces ordinarios.

16. GUERRA AGONÍSTICA Y GUERRA ANIQUILADORA

Dentro del planteamiento colectivo de toda guerra, no deja de haber posibles modalidades diferenciadas de crueldad, en atención al fin perseguido por la guerra, aunque estas diferencias sean más observables en tiempos pasados que en la actualidad. En efecto, una tendencia a la aniquilación del ejército, y hasta de todo el pueblo enemigo, que era muy propia de la tradición judía, se ha impuesto en la guerra moderna, que ya no es propiamente entre ejércitos, sino entre "pueblos en armas". De ahí también su mayor crueldad. Si a esto se une la conciencia racial de un pueblo, como ocurre con el judío, la crueldad puede agravarse hasta constituir un propio genocidio, es decir, una aniquilación total del grupo racial vencido. En las narraciones del Antiguo Testamento esta aniquilación de pueblos no-judíos ocupa un papel importante, que no se entiende desde el punto de vista humanitario de hoy, sino tan sólo como inexplicable misterio de la providencia divina, que puede cambiar la esencia de las cosas y, por ello, el carácter de injusta matanza a lo que nos parece serlo con criterios puramente humanos de hoy, aunque la guerra de hoy también sea guerra de aniquilación.

Una ilustración de los distintos fines de la guerra puede dar la comparación de la guerra de la épica griega y de la historia bíblica: aquélla es agonística, y, por ello, no se propone la eliminación del pueblo enemigo, en tanto la judía, y luego la romana, es

guerra de radical aniquilación. Paradójicamente, esta última pretende la paz estable como resultado de una victoria, en tanto la guerra agonística busca más la ocasión reiterada de heroísmo que la paz. La guerra civil, aunque debiera concebirse como agonística, suele resultar más cruenta, pues el enemigo que sobrevive viene a perturbar en el futuro la consistencia de la paz obtenida por la victoria.

La guerra agonística corresponde a una mentalidad que tiende a ver en la guerra un "duelo" —*duellum* es una forma arcaica de *bellum*—, por el que se somete un conflicto entre pueblos al juicio divino. A esa mentalidad corresponde también el duelo medieval entre "caballeros". Los romanos, aunque hacían la guerra con los auspicios favorables de la divinidad, perdieron pronto esta idea primitiva de lucha entre héroes individuales como representantes de sus respectivas ciudades o pueblos. Con todo, también el derecho de guerra de la Edad Moderna conservó esta idea de lucha agonística, no ya entre héroes representativos, sino entre reyes, es decir, entre sus ejércitos, afectando lo mínimo a las poblaciones civiles. Una imagen ilustrativa de esta guerra duelística ente ejércitos nos presenta *La Rendición de Breda* (el *Cuadro de las Lanzas*) de Velázquez, en el Museo del Prado. Pero esta idea de guerra agonística desapareció con la revolución napoleónica, de "guerra entre pueblos" —de "nación en armas"—, que es también la guerra civil. El cuadro de Goya, de *El 2 de mayo* muestra ya cómo la guerra napoleónica —la de invasión de España a principios del siglo XIX— enlaza con la guerra "sucia" de partisanos y terroristas. Inevita-

blemente, la guerra que hace un pueblo, aunque sea con ejércitos regulares, provoca como reacción la "guerra sucia" del pueblo agredido.

17. GUERRA DE SECESIÓN

Un caso especial de conflicto es el del separatismo regional, es decir, el de la tensión, incluso declaradamente violenta, entre una comunidad más amplia y una parte de ella que pugna por independizarse: en términos de estatalidad, una región que quiere constituirse en un Estado distinto de aquel más amplio en que actualmente se halla integrada. Este planteamiento estatal resulta difícil de superar, pues excluye aquella ordenación de racional subsidiariedad en que se funda la *Geodierética.* Al no haber solución jurídica, no queda más que la decisión por la victoria militar, con todos los graves inconvenientes que la guerra tiene, empezando por la inseguridad del resultado, expuesto siempre a la reversión violenta. Quizá sea todavía más inconveniente, cuando nada hay que esperar de una solución pacífica sin estatalidad, la guerra unilateral en la que se criminaliza el patriotismo regional separatista, y se prolonga, no sólo sucia, sino también confusamente y, por ejemplo, con "treguas", y los que son enemigos son tratados como criminales, que no son; esto, a pesar de los posibles excesos de su violencia irregular impropia de una guerra.

Así, pues, en el conflicto entre dos patriotismos de distinto ámbito y no conciliables racionalmente, no puede excluirse el recurso a la guerra, y, en este

caso, lo único que se puede desear es que la guerra se ajuste al derecho de guerra, sin intervenir en ella otras potencias, y, desde luego, sin suministro internacional de armas a los beligerantes. Porque la intervención de otras potencias, tanto en una guerra ordinaria como en la interna de separatismo, aunque se revista con la apariencia de intervención policial imperialista, no deja de ser una ampliación de la guerra, que, por su misma naturaleza dual, viene a ser favorable a uno de los contendientes. Pero la intervención puede ser también, aunque sin hombres armados, en la forma de suministro de armas, a uno, o incluso a los dos contendientes a la vez. Y resulta indignantemente escandaloso que aquellos que pretenden sofocar el conflicto armado mediante una intervención militar y proclamaciones pacifistas, estén ocultamente suministrando las armas necesarias para que la guerra no acabe o, por lo menos, no se minimalice. Esta hipocresía internacional es, desgraciadamente, muy actual hoy.

18. INVASIÓN BÉLICA Y PACÍFICA

El caso de invasión es un caso extremo, en el que la resistencia bélica se justifica, por considerar al pueblo invasor como enemigo público. Pero una invasión puede producirse paulatinamente, y sin violencia, por la penetración sucesiva de grupos más o menos numerosos en un territorio ajeno, no necesariamente vecino. También este tipo pacífico de invasión puede justificar una actitud impeditiva por parte del que debe depender la identidad de la comunidad invadida. Hay que tener en cuenta que

este tipo de invasión, aunque sea pacífica en su origen, suele crear una situación conflictiva por la formación de grupos extraños que no llegan a ser asimilados por la comunidad que los recibió. Es el fenómeno lamentable del *ghetto,* muy frecuente a lo largo de la historia, y no sólo de grupos judíos, que viven en tensión hostil dentro de una comunidad que los rechaza. Se produce entonces una hostilidad recíproca, que, naturalmente, da lugar a que la comunidad en que se aloja el *ghetto* reaccione violentamente en la forma de lo que los rusos llamaron *progrom* o matanzas de los agrupados en un *ghetto.* No muy distinta es la reacción que han padecido los Estados Unidos, de matanzas de negros por la acción clandestina del "Ku-klux-klan".

Este tipo de conflictos violentos podrían haber sido oportunamente evitados por medidas preventivas contra la inmigración indiscriminada. Por muy poco "humanitarias" que puedan parecer estas medidas preventivas, siempre son preferibles a los conflictos hostiles que pueden evitar.

La idea de que cualquier grupo social puede quedar pacíficamente asimilado en otro mayor en el que ha venido a instalarse es una idea siempre problemática, pues la experiencia histórica prueba que muchas veces sucede lo contrario. Naturalmente, todo depende de la magnitud del grupo no asimilable. Por ejemplo, la raza gitana, en España, se halla en buena parte asimilada al resto de la población, de modo que incluso resulta difícil su identificación racial; pero en la medida en que persevera en su nomadismo y se mantiene sin asimilar, su mag-

nitud no es suficiente para que pueda hablarse de coexistencia conflictiva.

Lo dicho acerca de la licitud de la prevención contra una inmigración que puede poner en peligro la identidad de un grupo social podría parecer incompatible con la libertad de viajar, el *ius peregrinandi,* que, según Francisco de VITORIA, justificaba la presencia de España en tierras americanas; opinión ésta sobre la que no voy a volver en este momento, pues ya fue objeto de mi crítica hace muchos años (*De la guerra y de la paz,* 1954).

Es cierto que la libertad para moverse por el mundo puede considerarse como de derecho natural, y, por ello, como un bien común universal. Pero respecto a esta libertad hay que tener en consideración dos cosas: primero, que es individual y no colectiva, y, segundo, que puede quedar limitada por razones de orden público; de este segundo límite se tratará más adelante (§ 21).

En efecto, el hombre debe poder moverse libremente, pero esta libertad es individual y no de todo un grupo, pues el traslado masivo de hombres del territorio propio a uno ajeno constituye ya una "invasión". No puede negarse que es de bien común el que una persona pueda viajar por el extranjero, e incluso instalarse allí; pero tampoco puede negarse que la defensa contra una invasión es también de derecho natural, aunque no sea una invasión violenta que daría lugar a la legítima defensa como guerra. Porque, como digo, la invasión, no sólo puede hacerse sin violencia, sino que incluso puede realizarse paulatinamente, sin que por ello deje de ser invasión.

Invasio es el término jurídico romano para significar el acto de desalojar por la fuerza a alguien de la posesión de un inmueble, pero hoy se refiere especialmente al hecho de una ocupación masiva en el territorio de una comunidad, aunque sin desalojarla violentamente de la posesión; en este sentido, se habla tradicionalmente de las invasiones germánicas en los territorios del Imperio Romano, que no dejaron de ser invasiones aunque fueran sin expulsión masiva.

Cuando hoy se trata del problema de las minorías raciales mal asimiladas por la comunidad en que se hallan, no hay que olvidar que la situación actual puede deberse a una originaria invasión que pudo ser evitada.

19. GENOCIDIO

La matanza masiva de grupos raciales constituye el delito de "genocidio", que, aunque pueda implicarse en la misma guerra internacional o civil, se da también fuera de ella. Como su nombre indica, el genocidio es el acto de matar masivamente a personas en razón de su raza o estirpe, no de su religión o nacionalidad, ni de su asentamiento territorial, aunque a veces pueda ser menos clara la distinción; y, de manera imprecisa e impropia, se llame genocidio a cualquier caso de muerte de un grupo humano.

El término "genocidio" fue primeramente utilizado, en 1943, por Rafael LEMKIN, en la propaganda contra la depuración antijudía por los alemanes

nazis, y dio lugar a una convención de la ONU de 1948 (vigente desde 1953), según la cual, a falta de tribunal internacional competente, se consideraba juez hábil al del territorio en que se hubiese cometido el delito de genocidio (art. 6); aunque, equiparado a un crimen político, se excluía la extradición por esa causa. Sin embargo, de hecho, en el uso que actualmente se hace de este término, se suele comprender cualquier tipo de muerte de colectivos humanos, no necesariamente raciales, y, desde el *Caso Eichmann,* se califican como "crimen contra la humanidad", con lo que no puede contarse con límites jurisdiccionales de ningún tipo. A esta misma expansión del concepto de genocidio, promovido principalmente por los judíos, corresponde la excepción a la "libertad de expresión del pensamiento" por considerar que hay complicidad con el crimen de genocidio en el acto de difundir publicaciones "revisionistas" del llamado "Holocausto", hasta extremos judiciales insospechables. Sólo algunas naciones colonialistas, como el Reino Unido, sienten cierto escrúpulo por abusar del concepto.

También puede verse perturbado el concepto de genocidio cuando una determinada raza declara e incluso hace la guerra contra un grupo que considera enemigo. Éste es el caso de las guerras tribales, que han resurgido hoy a consecuencia de haber desaparecido el régimen colonial de dominio de una potencia colonizadora responsable del orden en el territorio por ella dominado; en estas guerras tribales, la consideración de hostilidad bélica oscurece el genocidio racial. Por lo demás, el genocidio también puede tener lugar muchas veces con ocasión de una guerra racial.

Es evidente que la concurrencia en un mismo territorio de razas distintas, muchas veces con culturas distintas, sobre todo religiones e idiomas distintos, puede contribuir a la pérdida de la identidad de un grupo social. Este peligro de desintegración de un grupo social no debe verse como conflicto racial por presuponer que hay razas superiores a otras, lo que, desde un punto de vista teológico y de derecho natural, es un criterio inadmisible, aunque la superioridad racial pueda ser un hecho antropológico indiscutible desde el punto de vista de la defensa de la identidad de un grupo social. Desde esta perspectiva positiva, no puede excluirse como algo ilícito que una comunidad procure evitar preventivamente ese riesgo de desintegración de su identidad; pero, cuando se ha producido ya el hecho del pluralismo racial dentro de una comunidad, esto mismo prueba que no se ha conservado la identidad originaria, y, en consecuencia, no puede tratarse ya de defender una identidad que ya se ha perdido realmente. Ésta se puede salvaguardar preventivamente, pero no recuperar por una "depuración" posterior a la pérdida real de una identidad histórica. Lo que resulta injusto es que una misma comunidad solicite o tolere la inmigración por razones económicas, de mano de obra quizá más barata y por déficit de hijos, y luego se alarme por la perturbación racial que tal inmigración y su mayor fecundidad demográfica ha causado. Lo que pudo ser un error de los antepasados de la misma comunidad no puede ser luego enmendado por una depuración de la pluralidad racista que aquel error causó.

A este respecto, sin embargo, puede darse el caso especial de una discontinuidad radical en la identidad de la comunidad afectada; por ejemplo, cuando aparece una comunidad radicalmente nueva, que no puede responsabilizarse de la situación anterior. Tal pudo ser el caso de la unidad nacional de España al culminar la Reconquista contra el invasor musulmán: se trataba de una comunidad nueva que podía defender su futura identidad con la expulsión de grupos residuales de la situación anterior; lo mismo puede decirse hoy del nuevo "Estado de Israel" que excluye los restos raciales incompatibles procedentes de la situación anterior.

En otras palabras: una comunidad puede evitar lícitamente la inmigración en su territorio con medidas preventivas, pero no puede intentar "depurarse" de la inmigración ya consumada, pues ya ha perdido de hecho su anterior identidad.

Del caso de conflicto entre distintas religiones dentro de un mismo espacio puede decirse lo mismo que de los conflictos raciales. Desde luego, un grupo que se declara aconfesional no puede luego recuperar una confesionalidad religiosa que ha tolerado perder de hecho por su anterior aconfesionalidad. La pureza confesional puede ser preventivamente defendida, pero no violentamente restaurada.

20. GUERRAS DE RELIGIÓN

Del conflicto de religiones, incluso menos pacífico, dentro de una misma comunidad debe distinguirse lo que es propiamente una guerra de religión.

A lo largo de la historia, las guerras entre comunidades diferenciadas por su religión han sido frecuentes, y el islamismo ha considerado siempre que su expansión debía contar con la conquista bélica de territorios extraños: la "Guerra Santa". Pero también el cristianismo ha promovido guerras de cruzada, que eran eminentemente religiosas; fueron propiciadas por la Iglesia y, en concreto, por grandes santos, como San Bernardo y el rey de Francia San Luis, que murió en una de ellas.

Por otro lado, la irrupción del protestantismo en la Edad Moderna produjo conflictos religiosos y guerras civiles dentro de una misma comunidad. La aparición del "Estado" como instancia soberana y potencialmente totalitaria se debió precisamente a la necesidad de superar estos conflictos internos por diferencias confesionales. En efecto, en la Edad Moderna, estos conflictos de religión han tenido carácter de guerras civiles más que internacionales —como la misma Cruzada española de 1936-1939—, pero no han dejado de implicar a veces conflictos internacionales. Así, asistimos actualmente a una guerra de religión en Irlanda y en Palestina; pero también en la ex-Yugoslavia, que no pueden considerarse ya como conflictos interestatales, pues tienen su causa en la subsistencia de residuos de islamización en los Balcanes, contra los que se enfrentan los cristianos ortodoxos, apoyados por el poder geopolítico de Rusia; aunque tenga aparentemente un carácter nacionalístico, subyace también en este conflicto la contradicción de religiones, y resulta, aunque parezca paradójico, que, por su alianza con los Serbios, Rusia venga a ser

hoy, como en la Guerra de los Balcanes del pasado siglo, el adversario del Islam; no sólo en los Balcanes, sino también en otras zonas lejanas, como Chechenia. Especialmente notable es el conflicto permanente en torno a Jerusalén, que sigue teniendo un fondo inevitablemente religioso. En cierto modo, ese conflicto de religiones en Jerusalén viene a ser como el epicentro de toda la conflictividad bélica universal de la actualidad.

La progresiva secularización de Europa, y de Occidente en general, hacía pensar que las diferencias de religión no iban a dar lugar a nuevas guerras de este carácter, sin embargo, hoy no podemos mantener esta expectativa. Sobre todo el Islam, con su creciente fuerza, mantiene la causa religiosa como esencial de su expansión y dominio, y esto mismo no podrá menos de avivar, de algún modo, el sentido religioso de sus adversarios.

Por lo demás, es un enigma que no podemos dilucidar todavía el de en qué medida la constitución eficaz de grandes espacios plurinacionales no requerirá una conciencia de una propia identidad religiosa.

21. "ORDEN PÚBLICO" Y "CONSTITUCIÓN"

La libertad de movimientos debe, a veces, ceder, como se ha dicho (§ 18) a propósito de la invasión, ante las exigencias del "orden público". Entendemos por "orden público" el particular orden que un grupo social establece para procurar la paz en su convivencia social, y defenderla. Aunque sea algo

particular de un grupo social, en la medida en que no perjudica indebidamente a otro grupo, su existencia y defensa son bien común universal, porque, como algo particular, el orden público puede variar de un grupo a otro, pero el hecho de su existencia es un bien universal. Por ejemplo, el que en una ciudad se prohíba que los vehículos circulen por la izquierda y en otros por la derecha supone una diferencia, pero ésta no perturba que ambas prohibiciones sean en bien de la comunidad, como orden necesario de la circulación; sólo si ese orden particular perturba otro más amplio que se imponga como necesario, el desajuste puede considerarse como no ser del bien común universal; pero hay que tener en cuenta que la uniformidad del orden no es por sí misma tal bien común, sino sólo cuando resulta necesaria a juicio del responsable del buen gobierno del grupo mayor al que pertenece el grupo con un orden público disidente.

En principio, el orden público se funda en una Ética verdadera, que es bien común universal, pero puede contener otros elementos que pertenecen a lo que es constitucional de cada pueblo, y son por ello distintos. Son estos fundamentos particulares los que diferencian constitutivamente a un grupo social de otro, y pueden considerarse como su propia constitución: principios que, sin ser necesariamente universales, resultan inviolables e inalterables incluso por la voluntad del mismo pueblo en que rigen.

Ésta es la idea de "constitución", no siempre escrita, que se reduce a lo que no puede ser cambiado mediante ley, sino que se proyecta como inal-

terable, y sólo por el trastorno violento de una revolución resulta mudable. De este tipo de principios puede ser la forma de gobierno y de estructura nacional; o de Ética particular compatible con la universal, como puede ser la no confesionalidad de un pueblo con indiscutible pluralismo religioso, pero también, en otro caso, su confesionalidad. Son estos principios que no pueden someterse a revisión legal, ni siquiera restringida por exigencias legales de mayor aprobación popular. Dependen de una decisión histórica definitiva, y no deben confundirse ni asociarse con otras decisiones contingentes como pueden ser las que suelen llamarse leyes "fundamentales", pero no son "constitucionales" en este sentido estricto de lo irrevocable. Esta irrevocabilidad de la "constitución" es la que excluye también la necesidad de interpretación del texto legal que puede contenerla, pues lo que tolera la interpretación no es ya una decisión firme irrevocable. En este sentido, debe admitirse, como digo, que sólo la fuerza de una revolución o trastorno social similar puede invalidar una decisión propiamente "constitucional".

El orden público depende, pues, de la Constitución en su núcleo fundamental, pero queda ampliado por una serie de preceptos complementarios que pueden ser contingentes y mudables.

El derecho internacional privado —y lo mismo debería decirse del interregional en referencia al grupo nacional más amplio en que se integran las regiones— conoce la que se llama "excepción de orden público", por la que los jueces deben inhibir la aplicación de leyes extrañas que vulneran el pro-

pio orden público; éste es el caso, todavía vigente en España, de la poligamia, a pesar del principio de libertad religiosa por el que podría verse aquélla amparada, pero no es así. Para una nación constitucionalmente confesional, este orden público, condicionado por la propia confesión religiosa, sería "constitucional"; en cambio, para una nación constitucionalmente no-confesional, esta excepción de orden público sería contingente y mudable.

Pero hay además todo un ámbito de régimen de convivencia para el que el "orden público" no es más que una forma convencional de procurar una seguridad pacífica; y en este sentido no-constitucional hay preceptos de pura conveniencia contingente, como el que decía antes de circular los vehículos por la derecha o por la izquierda. Este orden público contingente es el que se encarga a la Policía de defender con sus "agentes del orden público".

Aunque este orden público menor no sea propiamente constitucional, sí puede imponer límites al ejercicio ordinario de libertades no sólo constitucionales, sino incluso de bien común universal, como es la de circular por el mundo. Y con aún mayor motivo, pueden limitar la libre circulación de mercancías, pues en buena parte, ese orden público contingente es de carácter económico. Así, no sólo puede imponer restricciones al movimiento de las personas, sino también al de las mercancías que ellas mueven. Con esto llegamos a lo que son infracciones de un régimen legal —de delincuencia—, que no implica siempre la declaración implícita de "pública enemistad", pero sí postulan una defensa colectiva contra el infractor.

CAPÍTULO IV

DELINCUENCIA

22. INFRACCIÓN DE NORMAS

En su sentido más fundamental, el orden público presupone una ley que defiende la integridad constitucional de una comunidad, aunque sea frecuente el uso de ese término en relación con la infracción de normas de convivencia pública cotidiana; en este sentido se habla de que la Policía, como he dicho, debe mantener, por medio de sus agentes, el orden público, entendido a veces como simple uso de las vías públicas. Es claro que con este sentido más cotidiano nada tiene que ver la enemistad pública: no se trata de agresiones a la comunidad como tal, sino de simple incumplimiento de normas de conducta cívica. Del mismo modo, las leyes penales sancionan con castigos adecuados las infracciones de normas que se consideran de interés público; por lo que el derecho penal constituye una parte importante del derecho que llamamos "público".

Cuando hablamos de "normas", entendemos por ese término los preceptos legales en general, pero especialmente los que suponen imperativos nece-

sarios para la convivencia; en especial, imperativos de conducta pública. No se trata ya de simples "reglas" que orienten la resolución judicial de casos jurídicos, sino de imperativos, que, independientemente de la posible sanción judicial, pretenden imponer una conducta general. En efecto, la palabra "norma", que significa "escuadra", supone un orden completo de conducta cívica. Aunque el griego *nomos* tiene un sentido más amplio, pues abarcaba toda clase de reglas y preceptos, incluso consuetudinarios, la palabra *a-nomos,* al poder significar la ausencia de ley, vale ya para indicar la "anomalía" de la infracción de una ley, es decir, la falta que se conoce como "delito".

Hay que advertir, a este propósito, que la palabra "norma", casi ausente del vocabulario jurídico romano, cobró gran aceptación en Alemania, desde el siglo XIX, y precisamente en sentido de "ley". Sin embargo, con esta acepción propiamente jurídica ha venido a concurrir otra que significa, no la ley, sino lo que es más frecuente o "normal", en consideración a la estadística más que a la legislación. Y de esta otra acepción menos jurídica deriva el término "anormal", que se usa especialmente en el lenguaje naturalístico, sobre todo, en Psiquiatría; esta palabra es, sin embargo, un feo híbrido, aunque ya ineliminable, del vocabulario usual; incorrecto, como tantos otros términos híbridos, compuestos de griego y latín, como ya "amoral", "sociología", "tanatorio" y otros. El latín sí conoce *ab-normis,* que quiere decir lo que se aparta de la corrección natural, en concurrencia con *enormis,* que es la exageración de lo natural; así, por ejemplo, un enano es

"a(b)normal", en tanto un gigante es "enorme". Pero con estas derivaciones de "norma" no tiene que ver la "anomalía", que es lo que no se ajusta al *nomos* o ley; y sólo por el uso de "ley" en sentido estadístico, viene la anomalía a confundirse con lo anormal.

Así, pues, el delito es una anomalía, pues infringe un precepto legal, y no una anormalidad en ese otro sentido no-jurídico de norma; es más, ciertos tipos de delito son estadísticamente previsibles en un determinado grupo social. En el delito tipificado por la ley puede haber, desde luego, una conducta inmoral, pero el delito, ante todo, es una infracción de la ley; de ahí que no puede haber delito si no está tipificado por la ley penal; principio que no rige para el derecho canónico, en el que lo que se sanciona no es la infracción de la ley, sino la inmoralidad de la conducta, aunque no esté legalmente tipificada.

Ahora bien, si la delincuencia de la que hablamos ahora supone infracción de una ley de interés público, no se deduce de eso que todo delincuente sea considerado "enemigo público". Sólo los delitos más graves dan lugar a que, aunque sea implícitamente, el delincuente venga a ser considerado "enemigo público". En otros casos, la imposición legal de penas no conlleva esta consideración. A este régimen de penalidad sin enemistad pública nos referiremos más brevemente, después de ver en qué medida puede un delincuente ser considerado como "enemigo público".

En todo caso, el régimen penal no es el de la hostilidad bélica. Ésta queda sometida, como hemos

dicho, al derecho de guerra, en el que se inhiben las leyes —*silent leges inter arma*—, así como también la jurisdicción de los jueces ordinarios; la delincuencia, en cambio, hasta la más grave, queda amparada por la ley penal, aunque excepcionalmente se aplique la ley propia de los tribunales militares. En rigor, éstos no deberían juzgar más que los delitos tipificados por el derecho de guerra, y no sobre la acción de guerra en general; sólo por el abuso de criminalización del vencido este límite ha podido no ser respetado; pero entonces no se es delincuente por ser enemigo, sino por haber infringido las normas del derecho de guerra. Distinto es el caso de los "partisanos" que permanecen hostiles después de un armisticio, pues no quedan ya sometidos al derecho de guerra, sino a la ley penal.

23. EXCOMUNIÓN ECLESIÁSTICA Y EXCLUSIÓN CIVIL DE LA COMUNIDAD

Para el delincuente considerado legalmente como enemigo público, la pena de exclusión de la comunidad aparece como algo, no sólo espontáneo, sino también conforme al derecho natural, pues es expresión de aquel principio natural de conservación de la propia integridad del cuerpo social afectado: no puede haber sociedad con un enemigo. Pero las modalidades de esta exclusión son varias.

Una idea clara de la exclusión del enemigo de la comunidad nos ofrece la Iglesia con su pena máxima de "excomunión". El que la sufre queda apar-

tado de los sacramentos y, con ello, de la vida de la gracia que anima la vida de la Iglesia y de cada fiel en particular. Aunque el pecado sancionado sea propiamente contra Dios, como es todo pecado, y sea un pecado personal, del que debe responder singularmente el que lo cometió, la posición de ese pecador, que atenta contra lo que la Iglesia considera esencial de su integridad, es la de un enemigo público, cuya permanencia en la vida sacramental y en la Iglesia como tal cuerpo místico de Cristo, no sólo ha perdido razón de ser, sino que se ha convertido en una causa de perversión social, que debe ser evitada con el apartamento jurídico y espiritual de la comunidad.

Conviene aclarar que no es que el pecado sea "social" en el sentido de que pueda requerir una penitencia también colectiva, sino que, de algún modo, el pecado personal repercute en la Iglesia, de modo análogo a como la virtud de un miembro repercute, por la comunión de los santos, en favor del conjunto. Por lo demás, no hay que pedir perdón por los pecados de otros, sino tan sólo de interceder por los pecadores, presentes o pasados, y desagraviar a Dios que es el ofendido por ellos. Se debe arrepentimiento tan sólo por los delitos propios, en tanto por los ajenos sólo cabe desagravio; pero la confusión entre penitencia y desagravio viene siendo hoy lamentablemente frecuente, incluso en la misma Iglesia, donde no faltan, en estos últimos tiempos, arrepentimientos públicos por actos que pudieron ser personales, pero nunca colectivos de la Iglesia, ella misma impecable.

Como la Iglesia no dispone de modos de coacción que no sean espirituales, y, en concreto, no puede ejercer la coacción material que sólo es posible con el dominio de un territorio, las penas de la Iglesia sólo pueden tener carácter personal y espiritual, porque todo el orden de la Iglesia es más personal que territorial; incluso cuando se implican referencias territoriales en una pena eclesiástica, como, por ejemplo, la prohibición de ejercer el ministerio sacerdotal dentro de una determinada circunscripción, tal sanción es personal y, como espiritual, no priva de la libertad de elegir residencia al que la sufre. Por este principio de personalidad de la Iglesia, la pena de excomunión es la máxima pena del orden canónico.

Que pueda darse sin necesidad de juicio, como pena *latae sententiae,* es decir, por el mismo hecho, se debe al carácter eminentemente moral del derecho canónico, que parte de la idea de que el pecador se juzga a sí mismo, conforme al dicho de Jesucristo: «el que no cree ya está condenado» *(iudicatus)* (Jn. 3, 18). Naturalmente este régimen canónico del "fuero interno" puede presentar dificultades suplementarias para la constancia social. Sería excesivo tratar aquí de esta singularidad del derecho canónico, así como también de la frecuente indeterminación legal de las penas canónicas; en concreto, la frecuente "pena justa", que depende de la discreción judicial, y respecto a la que "justa" no se refiere a la conformidad con el derecho *(ius),* sino con la equidad moral.

En el orden secular, en cambio, las penas que corresponden a esta eclesiástica de la excomunión,

no son ya espirituales, sino físicas y con posibles efectos de ejecución territorial. Hay que considerar varias modalidades: sobre todo la pena de muerte y la de expulsión del territorio como destierro o confinamiento.

La pena de muerte es la forma más radical de exclusión del enemigo público interno, pero también la más excepcional, precisamente por ser irreparable.

Se llama pena "capital" por afectar a la integridad física del hombre —a su "cabeza"—; en efecto, *caput* es, en latín, el individuo humano, pero no sólo en el sentido físico, sino también en el moral de portador de distintas *personae,* por lo que la *capitis deminutio* romana debe entenderse en el sentido de «pérdida de una determinada personalidad sufrida por un individuo».

La pena de muerte es, pues, una modalidad de legítima defensa, no de un individuo, sino de la comunidad agredida, como también lo es la guerra. Pero es evidente que la necesidad de esta defensa extrema resulta siempre algo problemática. En efecto, si la legítima defensa es lícita por no haber otra defensa posible frente al agresor, respecto a la pena de muerte, la agresión no inminente sino ya consumada podría quedar castigada de algún otro modo, y la expectativa de nueva agresión no tiene una evidencia e inminencia que parezca justificar sin discusión la muerte del posible reincidente. A esto se une el hecho lamentable de que, como los jueces pueden equivocarse, haya siempre casos de ejecución indebida. Y tampoco puede comprobarse

con certeza la efectividad disuasiva de la amenaza de muerte, respecto a futuros delitos. Por todo ello, es ya antigua la actitud ideológica del abolicionismo, hoy muy generalizada por la ética democrática; a pesar de lo cual los pueblos más poderosos del mundo actual conservan la pena de muerte; no sólo grandes pueblos con éticas no-democráticas, sino también los mismos Estados Unidos de América.

La Iglesia, como se puede ver en el nuevo "Catecismo" (núm. 2267), mantiene para el derecho secular la licitud de esta gravísima pena, aunque sea para casos muy excepcionales, que no se ejemplifican allí.

24. DESTIERRO Y CONFINAMIENTO

La exclusión del territorio propio de la comunidad a cuya integridad se atenta puede consistir en impedir la existencia dentro de los límites territoriales, lo que podemos llamar "destierro", o fuera de un lugar determinado del territorio, lo que podemos llamar "confinamiento". Esta segunda modalidad se aproxima a la de "reclusión" en un edificio cerrado, es decir, a la pena llamada de "privación de libertad", de la que se trata a continuación.

Es interesante recordar que, en la antigua Roma, la pena llamada "capital" no era necesariamente la de muerte, sino la de excluir al delincuente de la protección jurídica, de manera que éste debía optar por ausentarse del territorio romano. Era ésa una opción personal pero coaccionada por la amenaza de la desprotección jurídica que hacía inviable la

permanencia en el territorio. En la historia, esta opción de exilio ha venido practicándose también como voluntaria, no sólo por el temor de desprotección de la integridad personal, sino por simple incomodidad de convivencia con el poder establecido.

Aparte el caso en que la salida jurídica de una comunidad pueda tener carácter voluntario, el "destierro" o "exilio" es, desde luego, la pena que resulta más natural para la exclusión de la comunidad, pues, como la protección jurídica que ésta puede ejercer presupone unos límites territoriales, y el expulsado del territorio en que aquella protección puede ejercerse viene a quedar desprotegido, queda él relegado a la eventual protección del que gobierna el territorio ajeno por el que haya optado. Precisamente, la protección jurídica que se puede prestar al desterrado de otro territorio es la que corresponde a lo que llamamos "asilo". Asilo y exilio se relacionan realmente, aunque sean palabras radicalmente distintas: *exilium* es una palabra latina que implica la idea de "marcharse" —sin la tentadora relación con el territorio *(solum)*— y *asylon* es palabra griega que significa la omisión de *sylesis* o expolio, propiamente, de la inviolabilidad de una persona. De este modo, el expulsado de un orden jurídico viene a quedar acogido y protegido en otro territorio. En la historia no ha sido infrecuente que algunos territorios se hayan poblado por delincuentes huidos, a los que se defiende contra las víctimas o vengadores que les persiguen. Y también en el derecho de la Iglesia, el derecho de asilo tiene una larga tradición, sobre todo en defensa de religiosos

que huyen de la justicia de la comunidad a la que pertenecían, perseguidos por sus superiores; también el exilio secular consiste en huir de la jurisdicción de la potestad a la que se halla uno legalmente sometido.

Con ser una forma natural de exclusión de un grupo social, la pena de destierro presenta hoy dificultades prácticas que llegan a hacerla inviable. Porque, aunque todavía hoy existan fronteras estatales relativamente claras, la dificultad de la pena de destierro está en que, si el desterrado vuelve al territorio del juez que lo condenó, se requiere un nuevo trámite de expulsión, que se puede repetir ilimitadamente. No es posible hoy el régimen del antiguo *exilium,* que, al dejar desprotegido al desterrado, le exponía a la muerte efectiva. Lo más que sería hoy factible, pero difícilmente realizable legalmente, sería privar, al desterrado que vuelve indebidamente al territorio, de la defensa procesal contra posibles agresiones.

Pero las fronteras no tienen ya la función que en otro tiempo tuvieron para la pena de exclusión por destierro. Más fácil de controlar es, en cambio, la pena de confinamiento, pues queda dentro de los límites del territorio dominado por la potestad del que impone tal pena.

Similar al destierro, pena de carácter territorial pero que implica la pérdida de la situación de capacidad legal del que sufre tal pena, es la de privación de la nacionalidad, que, siendo de carácter personal, puede implicar el destierro, pues puede inhabilitar para vivir como ciudadano en el territorio de origen.

Y, si pensamos en el caso conocido de pérdida de la nacionalidad por servir sin permiso oficial en un ejército extranjero, se puede comprender la implicación en esa pena de la declaración de pública enemistad.

De todos modo, la privación de la nacionalidad, que pudo tener eficacia dentro de un orden de Estados nacionales, está destinada a perder su sentido en un régimen de grandes espacios supranacionales, como, por ejemplo, el de la Comunidad Europea, en la que tal discriminación por la nacionalidad corre el riesgo de desaparecer.

Aunque no existe como pena similar, la privación de la "ciudadanía", como participación en el derecho público de una comunidad, también supone una exclusión personal; aunque de menor alcance que la pérdida de "nacionalidad", de algún modo, supone también el reconocimiento de la enemistad pública.

25. PENA DE RECLUSIÓN PENITENCIARIA

Otra forma de exclusión de la comunidad es la pena de reclusión penitenciaria, que puede suponer, en cierto modo, la consideración del recluso como enemigo de la comunidad. Esta pena es considerada hoy como la más ordinaria para sancionar delitos de cierta gravedad. Aunque sea hoy muy común y ordinaria, presenta serios inconvenientes.

En primer lugar, el mantenimiento de prisiones supone una carga económica para toda la sociedad; mayor todavía por el hecho de que el régimen peni-

tenciario, al "humanizarse" por consideraciones éticas, eleva aún más el gasto de manutención, custodia, y asistencia de todo tipo a los recursos. Es más: esta "mejora" del régimen carcelario provoca a veces el resultado de que algunos delitos se cometan precisamente para poder gozar de un régimen de vida superior al que tenía el delincuente, que cometió el delito precisamente con el fin de acogerse a ese régimen favorable.

Por otro lado, parece evidente que, a pesar de todos los esfuerzos de reeducación de los reclusos con el fin de su reforma moral, las prisiones son, más que reformatorios, escuelas de delincuencia, con el riesgo siempre, no sólo de evasiones, sino de graves subversiones internas, y de homicidios entre los mismos reclusos. Porque, aunque "penitencia" quiera decir "arrepentimiento" más que "pena", la experiencia sobre la corrección de los reclusos es muy negativa, y hablar de centros "penitenciarios" poco tiene que ver con "arrepentimiento".

Asimismo, el nuevo derecho penitenciario, al admitir la sustitución, en algunos supuestos, de la reclusión por fianzas, resulta vejatorio para los que carecen de solvencia para ellas.

En fin, la misma expectativa de posibles reducciones del tiempo legal de reclusión, permisos de ausencia y traslado a hospitales, contribuyen a disminuir la eficacia disuasiva de la pena de reclusión.

Más útil para la comunidad a la vez que para el que sufre la pena, es la de trabajos forzados. No se trata de imponer como castigo el servicio de tra-

bajar, que todo hombre debe cumplir, sino de destinar ese servicio a un fin de interés público de una manera más fatigosa e ingrata; por esto, esta pena tiene una eficacia más disuasiva que la expectativa de una reclusión ociosa y más cómoda; por lo demás, la comunidad ofendida por el delito así penado encuentra en este tipo de pena la satisfacción de una compensación económica, en vez de tener que soportar un gasto inútil.

26. PENAS DE INHABILITACIÓN LEGAL

Estas penas, a las que nos hemos referido, son formas de exclusión más o menos terminantes de un enemigo público, pero como no toda infracción de las normas de la convivencia comunitaria deben convertir al infractor en enemigo público, hay otras formas de exclusión parcial más leves que no presuponen tal "enemistad". En efecto, el que atenta contra la integridad del grupo social, es por eso un "enemigo público"; en cambio, el delincuente ordinario atenta contra otras personas y no contra la integridad del grupo; puede, sí, afectar al interés social del grupo —por ejemplo, el que defrauda a la Hacienda pública o se apropia indebidamente de suelo público—, pero no atenta a la integridad total del grupo, como hace el enemigo bélico o aquel delincuente que debe ser excluido de la comunidad por una pena de exclusión de la comunidad.

Hay, así, toda una gama de privaciones de capacidad de actuar en el derecho y en la economía o en la política, que pueden ser penas efectivas, con

eficacia disuasoria, aunque sean menos generales que las privaciones totales de libertad. Por ejemplo, la exclusión de la legitimación procesal activa, o del sufragio, activo o pasivo; la inhabilitación para determinadas actividades profesionales o económicas; la privación, temporal o no, del carnet de conducir, o inhabilitación para otros actos de la vida ordinaria, como el de ser anunciante en los medios de comunicación o incluso de publicar nada en ellos. Privaciones como éstas, convenientemente adecuadas a las personas y moderadas por un régimen de posible temporalidad, pueden tener su eficacia como "remedios penales".

En fin, para determinado tipo de delitos resulta apropiada la pena económica de una multa pecuniaria; pero la eficacia de esta pena depende de la solvencia patrimonial del delincuente, y por esto puede resultar del todo inútil en la mayoría de los casos.

27. INFAMIA

Por otro lado, la historia del derecho ha conocido modos de exclusión de capacidad, sin implicar la enemistad pública, sino tan sólo una descalificación o deshonra social.

Se trata, a veces, de inhabilitación para intervenir en actos jurídicos principales del derecho privado, como la que imponía la antiquísima ley de las XII Tablas a los testigos que se negaban indebidamente a dar testimonio, con la que se les venía a excluir de los actos formales más importantes; otras,

de declarar "indignos" de heredar de alguien con quien se hubiera tenido un comportamiento indecoroso; de manera muy notable, la inhabilitación, por conductas inaceptables consistente en la declaración de "infamia", para determinados actos jurídicos; que podía ser en virtud de una ley, como *infamia iuris*, o incluso, como admitía el derecho canónico tradicional, la simple "mala fama" social —*infamia facti*—, en la medida en que el juez ordinario la quisiera apreciar; pero el nuevo derecho canónico parece haber querido prescindir de la "infamia" tradicional, por mimetismo secularizante.

La discriminación de "infames", en efecto, resulta hoy poco congruente con la idea de igualdad, pero lo mismo podría decirse de cualquier otra forma de privación de derechos. En realidad, lo que hoy hace rechazar esa pena es su carácter ético. Pero en muchos casos se imponía por conductas, no sólo inmorales, sino declaradamente nocivas para la comunidad.

Estas penas de mero descrédito social, aunque no tengan consecuencias propiamente jurídicas, por su carácter eminentemente ético, no dejan de tener, como también la conocida pena de "pública amonestación", sobre todo respecto a funcionarios, un efecto útil muy notable. No debería prescindirse de ellas al establecer legalmente el orden penal.

En fin, similar descrédito sufren hoy las penas corporales, cuyo carácter aflictivo es principalmente moral, y por eso se consideran, indebidamente, como atentadoras contra la "dignidad humana", aunque carezcan de gravedad desde un punto de

vista físico. Sin embargo, para castigar la pequeña delincuencia de desórdenes callejeros y similares, este tipo de penas corporales, siempre que no afecten a la interioridad del cuerpo, aplicadas incluso por la disciplina policial, bajo la responsabilidad de los jefes, suelen ser mucho más efectivas que dañinas, y alivian notablemente el oficio de los jueces sobrecargados de pequeñas denuncias que difícilmente pueden sancionar, y acaban en impunidad.

Como admite el derecho penal, los jueces deben considerar las circunstancias atenuantes y agravantes, en especial, la de reincidencia; pero las distintas penas pueden combinarse también, diferenciadamente, respecto a un mismo tipo de delito, en atención a la modalidad del acto delictivo. Así, por ejemplo, en el tráfico de drogas, puede penarse con la máxima pena al empresario del negocio ilícito, declarándolo "enemigo público"; con penas de inhabilitación económica, a los difusores callejeros; y con la sanción policial de azotes, a los consumidores, responsables también ellos, aunque dispersos, del tráfico de drogas.

CAPÍTULO V

CONCLUSIÓN

Hemos asociado dos términos aparentemente distintos, pero que tienen una profunda conexión entre sí. El del "bien común", que decimos no ser parcial, como es parcial el actualmente considerado por el Estado, sino universal; por la razón de que el interés de una determinada comunidad no puede ser propiamente un "bien" común si es en perjuicio de otra comunidad. Y, por otro lado, el "enemigo público" es siempre particular y no universal, pues el "pueblo" que lo "declara" enemigo es siempre el de una comunidad particular, no la humanidad total, que no constituye, ella misma, una comunidad.

En consecuencia, son dos los términos que consideramos deben ser evitados: el del "bien común" estatal, y el del "enemigo público" de la humanidad. Del mismo modo que el Estado sólo puede alegar su interés particular, la humanidad no puede declarar enemigos totales de ella. Esta precisión terminológica me parece ser fecunda en consecuencias tan lógicas como útiles.

BIBLIOGRAFÍA *

Papeles del oficio universitario, Madrid, Rialp, 1961.

Escritos varios sobre el derecho en crisis, Roma-Madrid, CSIC, 1973.

Sistema de las ciencias, IV, Pamplona, EUNSA, 1977.

«Ante la crisis del contrato», en *La Ley,* XLIV, núm. 187, Buenos Aires, 1979.

Ensayos de teoría política, Pamplona, EUNSA, 1979.

«Reflexiones civilísticas sobre la reforma de la empresa», en *La Ley,* XLV, núm. 74, Buenos Aires, 1979.

«Los imperativos legales», en *La Ley,* I, núm. 28, Madrid, 1980.

Nuevos papeles del oficio universitario, Madrid, Rialp, 1980.

«Autarquía y autonomía», en *La Ley,* XLVI, núm. 76, Buenos Aires, 1981.

«De nuevo sobre la ley meramente penal», en *La Ley,* XLVII, núm. 200, Buenos Aires, 1982.

«Una aclaración en tema de "autoridad"», en *Philosophica,* núm. 12, Valparaíso, 1989.

«Premisas morales para un nuevo planteamiento de la economía», en *Revista Chilena de Derecho,* 1990.

«Responsabilidad y libertad», en *Verbo,* XXXIII, núm. 327-328, Madrid, 1994.

* Se incorporan a continuación algunas referencias bibliográficas complementarias, todas ellas correspondientes a otras publicaciones del autor.

«Ley de la ONU *versus* Ley de Dios», en *Razonalismo. Homenaje a Fernández de la Mora,* Madrid, Fundación Balmes, 1995.

«Liberalismo ético y liberalismo moral», en *Razón Española,* núm. 75, Madrid, 1996.

«Profilaxis policial y falacia del "Estado de derecho"», en *Revista de Derecho Público,* Santiago de Chile, 1996.

«Claves conceptuales», en *Verbo,* XXXIV, núm. 345-346, Madrid, 1996.

Derecho Privado Romano, 9.ª ed., Pamplona, EUNSA, 1997.

Parerga historica, Pamplona, EUNSA, 1997.

La posesión del espacio, Madrid, Civitas, 1998.

«La legítima defensa en el nuevo Catecismo de la Iglesia Católica», en *Verbo,* XXXVI, núm. 365-366, Madrid, 1998.

«Concilio, Código, Catecismo», en *Verbo,* XXXVIII, núm. 371-372, Madrid, 1999.

Nueva introducción al estudio del derecho, Madrid, Civitas, 1999.

«Prohibido prohibir», en *Estudios de Comunicación y Derecho. Homenaje al Profesor Manuel Fernández Areal,* Santiago de Compostela, Editorial Compostela, 2000.

«Apostillas a las "claves conceptuales"», en *Verbo,* XL, núm. 395-396, Madrid, 2001.

«Per un *ordo orbis* geodieretico Messaggio ai "conservatori europei"», en *Coscienza storica. Rivista di studi per una nuova tradizione,* núm. 17, 2001.